

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Os Direitos do Consumidor nas Relações de Consumo Eletrônicas”, elaborado pelo acadêmico Vicente Romani Remor, defendido em 15/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 15 de Julho de 2016.

Carolina Medeiros Bahia

Carolina Medeiros Bahia
Professora Orientadora

Guilherme Henrique Lima Reinig
Membro de Banca

Suelen Carls
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Vicente Romani Remor

RG: 4.636.800-0

CPF: 080.824.029-38

Matrícula: 11100262

Título do TCC: Os Direitos do Consumidor nas Relações de Consumo Eletrônicas

Orientadora: Carolina Medeiros Bahia

Eu, Vicente Romani Remor, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 15 de Julho de 2016.

Assinatura manuscrita de Vicente Romani Remor em tinta azul.

Vicente Romani Remor

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

VICENTE ROMANI REMOR

**OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
ELETRÔNICAS**

FLORIANÓPOLIS

2016

VICENTE ROMANI REMOR

**OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO
ELETRÔNICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina, apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia.

Florianópolis

2016

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a situação da proteção do consumidor no comércio eletrônico. O método utilizado foi o dedutivo, mediante a utilização de material bibliográfico. Inicialmente, busca-se abordar o advento do direito do consumidor e sua regulamentação diante do surgimento da *internet* e do comércio eletrônico. Em seguida, expõem-se os direitos do ciberconsumidor, realçando a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor para assegurar os respectivos direitos aos consumidores envolvidos no meio virtual. Analisa-se a responsabilidade civil dos ciberfornecedores, tanto em relação ao fato quanto ao vício dos produtos e serviços. Também é tratado o recente Marco Civil da *Internet*, nomeadamente sobre a responsabilidade civil do provedor de aplicações da *internet*. Por fim, faz-se uma análise da proposta de atualização do CDC, que insere dispositivos específicos acerca do comércio eletrônico, o qual parece ser uma solução para a vulnerabilidade do consumidor no meio virtual.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Relações de consumo eletrônicas; Proteção do consumidor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 ASPECTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO DIREITO ELETRÔNICO	7
1.1 Tecnologia e sociedade.....	7
1.2 Evolução sociojurídica do Direito do Consumidor	12
1.2.1 Pressupostos históricos do Direito do Consumidor.....	12
1.2.2 O Direito do Consumidor no Brasil.....	16
1.3 Direito eletrônico.....	18
1.3.1 Configuração do negócio jurídico de consumo	19
1.3.2 Histórico da <i>internet</i> e do comércio eletrônico	22
1.3.3 Elementos da relação de consumo virtual	25
2 DIREITOS DO CONSUMIDOR NA <i>INTERNET</i>	29
2.1 Contrato eletrônico	31
2.1.1 Formação do vínculo contratual	32
2.1.2 Qualificação dos contratos eletrônicos	35
2.2 Direitos do Consumidor no comércio eletrônico.....	38
2.2.1 Proteção contra cláusulas abusivas.....	38
2.2.2 Qualidade dos produtos e serviços	40
2.2.3 Reparação de danos	41
2.2.4 Direito a informações	42
2.2.5 Direito de arrependimento	45
2.2.6 Direito a não receber publicidade indesejada	46
2.3 Princípios essenciais à proteção do consumidor no comércio eletrônico.....	49
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIBERFORNECEDOR.....	53
3.1 Diretrizes gerais para a responsabilidade civil do fornecedor no comércio eletrônico	53
3.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço	54
3.1.2 Responsabilidade por vício do produto e serviço	61
3.2 Marco Civil da <i>Internet</i> e a responsabilidade civil do provedor de aplicações de <i>internet</i>	65
3.3 Proposta de atualização do CDC em relação ao comércio eletrônico	71
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

A humanidade está passando por mais uma fase de transição, qual seja a revolução tecnológica da informação. Com isso, tem-se a criação do ciberespaço, que consiste em uma nova forma de comunicação entre as pessoas, permitindo o desenvolvimento de variadas atividades. Dentre essas, o comércio eletrônico é uma das principais, levando cada vez mais usuários da *internet* a essa nova forma de contratação.

Diante disso, procurar-se-á demonstrar a situação da proteção do consumidor no comércio eletrônico. Ou seja, pretende-se analisar os direitos e deveres dos agentes em rede, mais especificamente refere-se aos sujeitos no sentido de tratar apenas as relações entre fornecedor e consumidor no âmbito nacional.

A recente figura do consumidor virtual aproveita os benefícios garantidos pela contratação *on-line*, como a ampla variedade de escolha, a facilitação na pesquisa de produtos, a diversidade de fornecedores, a praticidade em se adquirir produtos e serviços, entre outros. Entretanto, encontra-se em uma situação de vulnerabilidade extrema, arcando com o ônus de não poder escolher pessoalmente o objeto da contratação, de, muitas vezes, não ter conhecimento do endereço físico do fornecedor, de sujeitar-se ao pagamento por cartão de crédito sem a garantia de receber o objeto contratado. Isto é, o consumidor utiliza um meio facilitado, no entanto, fica a mercê da boa-fé do fornecedor em cumprir suas obrigações.

Para piorar a situação do consumidor, os direitos dos consumidores receberam tratamento legislativo específico a partir dos anos oitenta, quando a *internet* dava seus primeiros passos. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, não trata especificamente das contratações realizadas por meio *on-line*. Ou seja, os dispositivos do código trazem regras genéricas que devem ser interpretadas ao âmbito virtual.

Diante dessa problemática, buscar-se-á a análise do CDC para verificar sua aplicação no âmbito do comércio virtual, esclarecendo as características e peculiaridades do meio utilizado. Este trabalho visa investigar se o ordenamento jurídico atual está preparado para garantir os respectivos direitos ao consumidor eletrônico de forma adequada, examinando possíveis alterações na lei, almejando a adaptação do direito do consumidor ao comércio eletrônico.

O presente trabalho foi elaborado com base no método dedutivo, por intermédio da utilização de material bibliográfico. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações científicas da área do direito do consumidor e eletrônico. Para se chegar ao objetivo delineado, o trabalho foi dividido em três capítulos.

Na primeira parte, dedicar-se-á ao estudo da relação existente entre tecnologia e sociedade, analisando as transições provocadas pelas revoluções tecnológicas. Será tratado o advento do direito do consumidor e sua regulamentação no Brasil. Por fim, abordar-se-á o contexto histórico da *internet* e do comércio eletrônico, delimitando os elementos da relação de consumo virtual.

Na segunda parte, serão analisados os direitos do ciberconsumidor, abordando o contrato eletrônico, nomeadamente sobre a formação do vínculo e o momento de sua celebração. Posteriormente, passar-se-á a tratar dos direitos do consumidor virtual, realçando a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor para proteger os consumidores envolvidos no comércio eletrônico. Outrossim, serão conferidos os princípios essenciais do direito do consumidor aplicáveis no âmbito virtual, que podem manter a coesão do ordenamento jurídico diante de alguma lacuna deixada pela lei.

No terceiro capítulo, averiguar-se-á a responsabilidade civil dos ciberfornecedores, dividindo-a em responsabilidade pelo fato e vício dos produtos e serviços. Também será analisado o recente Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014), explanando o novo instituto da responsabilidade civil do provedor de aplicações da *internet* e suas implicações ao consumidor. Por fim, dispor-se-á da proposta de atualização do CDC, Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que regulamenta especificamente a proteção do consumidor no comércio eletrônico.

1 ASPECTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO DIREITO ELETRÔNICO

Neste capítulo pretende-se demonstrar a evolução da tecnologia no decorrer da história e suas consequências para o comportamento humano na sociedade. Aborda-se, principalmente, nessa trajetória, o surgimento da internet e as mudanças ocorridas em razão dessa nova tecnologia.

Ainda, é abrangido o surgimento do direito do consumidor, versando a questão da vulnerabilidade do consumidor, e do Código de Defesa do Consumidor no Brasil.

Por fim, levanta-se brevemente um estudo sobre o direito eletrônico, passando pelo seu surgimento e a pela inserção do comércio eletrônico na vida cotidiana, além de comparar os elementos da relação de consumo tradicional e virtual.

1.1 Tecnologia e sociedade

A humanidade passou por duas grandes revoluções tecnológicas, responsáveis pela transição de paradigmas. A primeira delas, a revolução agrícola, provocou a extrema redução do nomadismo e a emergência da sociedade agrícola. A segunda, a revolução industrial, consistiu na transferência do foco central da agricultura para a indústria, surgindo daí a sociedade industrial (CANUT, 2007, p. 30).

Desde a segunda metade do século XX, a sociedade vem atravessando mais um período de transição paradigmática, advindo de uma nova revolução, que pode ser chamada de revolução da tecnologia da informação (CASTELLS, 2002, p. 25). Com este panorama, a humanidade vive uma situação análoga à das sociedades nômade e agrícola no que diz respeito às incertezas, indefinições e transformações características da transição. No entanto, ressalta-se que a rapidez das transformações vem se acelerando de forma extraordinária de paradigma a paradigma, de década a década.

As mudanças atuais são profundas e irreversíveis. De Masi ressalta que:

Embora se tenha consciência de que a nova sociedade não mais se caracteriza pelo modo de produção industrial, [...] ainda não conseguimos compreender que fator ou processo ocupará a posição determinante ocupada pela indústria por duzentos anos (2000, p. 30).

Apesar dessa afirmação, neste trabalho se destaca o ciberespaço e sua linguagem digital como elementos já marcantes do novo paradigma.

Nos primórdios, a humanidade era constituída por pequenas populações nômades que, por meio de suas migrações, buscavam sua subsistência na caça, na pesca e às vezes, no pastoreio (LÉVY, 1998, p. 22, 117).

Essas sociedades são marcadas por uma grande mobilidade territorial. Aliás, elas ocupam um território extenso, apresentando um crescimento demográfico baseado na cisão do grupo inicial e na partida de vários subgrupos em direção a outros horizontes (LÉVY, 1998, p. 19).

Esse modelo de sociedade começou a ser alterado com o advento da revolução agrícola, que implementou novas técnicas de domesticação, cultivo e colheita, viabilizando a fixação de populações, a sua união num determinado território e a providência de seu sustento, mediante a organização de sua própria produção. Começaram a surgir, então, as aldeias, as colônias, as cidades, o Estado e a escrita, que marcam um novo modo de vida, um novo modelo de sociedade e, assim, um novo paradigma ou novo espaço antropológico, chamado de território (LÉVY, 1998, p. 23), que se desenvolve com base numa cultura essencialmente rural, assente nos valores da família patriarcal.

A terra tornou-se o maior patrimônio dessa época. As técnicas advindas dessa revolução para trabalhar o novo patrimônio consistiam em técnicas rudimentares (MELO, 2000, p. 22), baseadas em fontes de energia renováveis, ou vivas, sendo provenientes do sol, das águas, do vento, bem como da força muscular, tanto humana quanto animal (TOFFLER, 1980, p. 39). A utilização dessas técnicas tinha como fim o aproveitamento maior e melhor dessas fontes de energia.

Além da agricultura, que era a atividade central, havia a criação de animais, a pesca, o artesanato, a exploração de minas e de florestas, sendo que todas essas atividades concentravam-se no setor primário de produção. No princípio, essas atividades eram voltadas para o consumo próprio, sendo posteriormente exercidas com a finalidade de troca (CANUT, 2007, p. 33).

Nesse período se inicia outra fase de transição, na qual ocorrem profundas transformações socioeconômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, que nasceu dos grandes descobrimentos marítimos do século XV e das conquistas que as potências europeias fizeram nos outros continentes. Nesse momento, o poder político começa a sair das mãos da aristocracia para concentrar-se nas mãos dos empresários (NORONHA, 1996, p. 30).

Começa a surgir, desde o século XVI, um outro espaço antropológico, o espaço das mercadorias (LÉVY, 1998, p. 23), inicialmente marcado pelo capitalismo comercial. Assim, por volta do fim do século XVII, surge mais uma revolução tecnológica, denominada de revolução industrial, que faz aparecer o capitalismo industrial (NORONHA, 1996, p. 28).

A revolução industrial caracteriza-se pela interrelação entre as novas fontes de energia e as inovações tecnológicas. Costuma-se dividir a revolução industrial em dois períodos. O primeiro, que compreende a primeira revolução industrial, consiste no suprimento dos instrumentos e utensílios manuais pela máquina (CASTELLS, 2002, p. 53).

Já o segundo período, que trata da segunda revolução industrial, é marcado pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, entre outros (CASTELLS, 2002, p. 53).

Com a utilização da energia nos processos produtivos, a força muscular é substituída, viabilizando a introdução da produtividade, ou seja, maior produção a menor custo (BELL, 1973, p. 147).

Assim, na busca da produtividade, possibilitada pelo uso das novas fontes de energia e das novas tecnologias, introduzem-se os métodos de produção em massa, inclusive o *fordismo* e o *taylorismo*. Os bens começaram a ser produzidos em grandes quantidades, havendo necessidade de incrementar o consumo, de forma que este também viesse a ser efetuado em massa. Para que isso ocorresse, para que a produção pudesse ser escoada, foi necessário o desenvolvimento tanto dos meios de transporte quanto de comunicação (TOFFLER, 1980, p. 40-46). Ressalva-se que tais iniciativas, associadas ao surgimento das multinacionais, indicam o início da globalização que se conhece na atualidade.

Portanto, as alterações na organização das sociedades foram radicais em todos os âmbitos: social, cultural, político, econômico, jurídico etc.

Com a associação entre industrialismo e capitalismo, o capital passou a ser apreendido como um sistema sociometabólico, que garantiu sua permanência na sociedade no século XVIII por intermédio das ideias políticas difundidas com a revolução francesa, que consolida o Estado liberal, baseado na ideologia do mercado auto-regulado, e o próprio Estado político moderno como determinação exterior e como representação do interesse universal mais pleno (ALVES, 2002, p. 133).

Dessa forma, tanto a revolução industrial quanto a revolução francesa são marcos inaugurais da modernidade, pois viabilizaram não só o surgimento do Estado como o

conhecemos hoje, mas um conjunto de concepções jurídicas que caracterizam o direito moderno (OLIVO, 2004, p. 38).

No âmbito das relações sociais, o trabalho sofreu grandes transformações diante da utilização das máquinas e da energia, que, inseridas nas fábricas juntamente com novos meios de produção, provocam a divisão da sociedade em proletários e em burguesia (TOFFLER, 1980, p. 52).

Como Toffler assinala, as sociedades industriais sempre estiveram consumindo o capital da natureza em vez de apenas viver do rendimento que ela fornecia (1980, p. 39). Dessa maneira, o grande problema dessas sociedades foi crer que nem todas as fontes de energias naturais são renováveis, aliás, que muitas delas são esgotáveis, assim como o ar e o mar são poluíveis (TOYNBEE, 1987, p. 34).

Dessa falta de percepção, resultou um alto nível de degradação ambiental, marcado pela escassez e esgotamento de matérias-primas, de fontes de energia e pelos enormes índices de poluição. Esse fato, juntamente com o grande desenvolvimento científico e tecnológico, é crucial para encaminhar as sociedades industriais para um período de transição, que tem início aproximadamente entre as décadas de 40 e 50 (CANUT, 2007, p. 38).

Assim, a revolução industrial, que começou a subverter o estado das coisas, aparece hoje como o início de um processo que conduz à revolução da informação contemporânea (LÉVY, 2003, p. 21).

Após a segunda Guerra Mundial tem-se o auge do industrialismo e a chegada de mais uma mudança, que provoca alterações em todo o quadro da humanidade e decorre de mais uma revolução tecnológica (CANUT, 2007, p. 39).

Esta revolução, denominada de revolução da tecnologia da informação (CASTELLS, 2002) ou ainda de revolução digital (DE LUCCA, 2003a, p.132), tem seus marcos nas décadas seguintes à segunda Guerra Mundial, com a criação do primeiro computador programável e do transistor. No entanto, só se pode falar no surgimento de um novo paradigma a partir dos anos 70, com a convergência e difusão das novas tecnologias da informação (CASTELLS, 2002, p. 25-58).

Antes de adentrar no debate relativo às transformações advindas da revolução da tecnologia da informação e do paradigma emergente, cabe ressaltar alguns importantes

avanços tecnológicos ocorridos a partir da década de 40, para que se possa compreender melhor as rápidas e grandes alterações pelas quais a humanidade vem passando desde então.

Os primeiros computadores foram construídos com fins militares na década de 40. O primeiro computador para usos gerais passou a ser comercializado em 1951 (CASTELLS, 2002, p. 78-79). Em 1953, a IBM entra no mercado de computadores, dominando-o em 1964. Em 1976, uma nova empresa de computadores, a Apple acaba adquirindo uma enorme fatia desse mercado, o que fez com que a IBM perdesse seu domínio. Assim, surgiu o PC, que tem seu uso mais facilitado, com ícones e interfaces. (CASTELLS, 2002, 59-61).

Diante de todos esse avanços tecnológicos, verifica-se o surgimento de um novo paradigma, que, apesar de todas as transformações que tem provocado, continua mantendo a sua base no modo de produção capitalista. A alteração essencial que ocorre com o surgimento desse paradigma, concentra-se, então, na adoção de um novo modo de desenvolvimento que substitui o industrialismo. Esse novo modo de desenvolvimento que marca a era digital é o informacionismo (CASTELLS, 2002, p. 32-33).

Para Castells, a estrutura social dessa era apresenta como principais elementos constitutivos a globalização, reestruturação do capitalismo, formação de redes organizacionais, cultura da virtualidade real e primazia da tecnologia (2002, p. 421). Esses elementos provocam a crise do Estado e da sociedade civil criados em conformidade com os modelos da era industrial.

Sem dúvida alguma, no modelo de sociedade emergente, a informação e o conhecimento tornam-se as principais fontes de riqueza e, assim, o patrimônio de maior importância nesse período histórico. Rifkin refere-se a essa mudança de uma maneira bem clara, afirmando que a noção de propriedade está sendo substituída rapidamente pelo acesso (2001, p. 4).

Com as transformações desse modelo de sociedade, o trabalho é afetado novamente de maneira fundamental. Com os avanços tecnológicos, há a progressiva substituição do homem pela máquina, o que se dá de forma concomitante com a promoção e exigência da expansão da capacidade intelectual dos trabalhadores e a redução do tempo necessário de trabalho, que agora pode ser exercido além do âmbito das fábricas, podendo ser realizado em lugares completamente diversificados (DE MASI, 2000, p. 55).

Nesse paradigma, as atividades do setor terciário passam a ter grande destaque. A cultura de consumo altera-se, passa-se de produção e consumo em massa para a ideia de customização em massa (CASTELLS, 2002, p. 398).

Na tentativa de configurar o novo modelo da sociedade que vem emergindo, chamada de paradigma digital ou paradigma da tecnologia da informação, Castells destaca quatro de suas características: 1) a informação é sua matéria-prima; 2) os efeitos do novo meio tecnológico penetram em todas as atividades humanas; 3) flexibilidade das instituições, dos processos e das organizações, que podem ser modificados e reorganizados; 4) convergência de tecnologias da informação para formação de um sistema integrado (2002, p. 78-79).

As transformações provenientes do paradigma digital emergente estão atingindo cada vez mais e de maneira mais profunda os indivíduos que estão envolvidos na sua realidade, provocando complexas mudanças nos seus modos de viver e agir.

Assim, percebe-se que se caminha para uma nova era. O momento atual é de transição paradigmática e, ao que tudo indica, será um período muito mais breve que os períodos de transição anteriores.

1.2 Evolução sociojurídica do Direito do Consumidor

Neste tópico, busca-se demonstrar o surgimento do direito do consumidor no mundo, enfatizando a questão da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Ainda neste patamar, fala-se do advento do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, ressaltando algumas leis que auxiliaram no surgimento e na concretização do direito do consumidor no Brasil.

1.2.1 Pressupostos históricos do Direito do Consumidor

Desde os primórdios, havia manifestações que pretendiam proteger os compradores dos abusos cometidos pelos vendedores. A Lei das XII Tábuas já exigia do vendedor uma obrigação de transparência, exigindo que ele definisse as qualidades essenciais dos produtos e proibindo-o de fazer publicidade enganosa. O Código de Hamurabi procurava

evitar o enriquecimento sem causa dos vendedores, já as Ordenações Filipinas puniam a usura (CANUT, 2007, p. 78).

No entanto, cabe destacar que todas as manifestações nesse sentido, ao longo dos tempos, consistiram em iniciativas isoladas, de caráter fragmentado e paliativo, sendo que essa realidade só sofreria alterações significativas a partir da década de 60 do século XX, em decorrência das grandes transformações provocadas pelas revoluções industriais (DE LUCCA, 2003b, p. 47-49).

O Estado liberal e a sociedade individualista do século XIX, resultantes da Revolução Francesa, continuaram marcando as primeiras décadas do século XX, impregnando esse período com os princípios da livre concorrência e da não responsabilidade sem culpa, e com as ideias centrais de igualdade, liberdade e autonomia da vontade. A ordem jurídica também refletiu esses valores, não tendo os códigos oitocentistas, ainda vigentes no século XX, reconhecido o consumidor como uma categoria, nem o consumo como uma função (DONATO, 1993, p. 37).

Baseados nesses princípios e ideias, os sistemas jurídicos ainda utilizavam o princípio *pacta sunt servanda* nos contratos em que o consumidor era uma das partes contratantes. Segundo tal princípio, o contrato torna-se lei entre as partes, obrigando o consumidor a cumpri-lo mesmo se ele consistisse num instrumento de exploração do fornecedor/produtor, que costuma encontrar-se em posição de prevalência (CASTRO, 2002, p. 149).

Cabe ressaltar que o direito do consumidor consiste em um ramo específico do direito que visa buscar a proteção do consumidor através do reequilíbrio das relações firmadas com fornecedores de bens ou serviços, os quais, por conta da evolução do comércio, encontram-se em posição superior, a nível econômico, técnico, cultural e informativo (ALMEIDA, 2000, p. 15).

Naquele momento histórico, o consumidor encontrava-se numa situação de vulnerabilidade e hipossuficiência na relação jurídica contratual, estando à mercê de todas as sortes de danos provocados, sujeitando-se a uma diversidade de abusos (DONATO, 1993, p. 20).

Nesse sentido, pode-se destacar a supremacia econômica do fornecedor sobre o consumidor; a debilidade informativa, inclusive quanto aos perigos que os produtos e serviços

poderiam fornecer; a inexistência de indenização para os danos individuais e coletivos; dentre outros (DONATO, 1993, p. 39).

Até o início do século XIX o comprador não recebia destaque, sendo apenas um componente das relações comerciais. Com a expansão da Revolução Industrial, mudanças sociais como a mecanização das fábricas, a massificação da produção, a redução dos custos e o aumento do nível de vida construíram uma moderna sociedade industrial. A substituição da produção artesanal e personalizada pelo fabrico em série de produtos padronizados e complexos gerou o aumento expressivo na criação e na oferta de bens, dando origem à primeira grande transformação social na situação do consumidor (SILVA, 1990, p. 11-25).

Contudo, a produção em massa precisa de uma procura em massa, o que só pode ser alcançado através de uma oferta em massa (SILVA, 1990, p. 20). Essa lógica acabou por gerar uma revolução subsequente, chamada de Revolução Comercial, apoiada na inserção de novos métodos de venda, na publicidade, no crédito e na distribuição indireta (MONTEIRO, 1999, p. 221). A contratação padronizada, a prestação, as técnicas de assédio ao comprador e o surgimento de intervenientes na cadeia de consumo, em um momento em que o fornecedor precisava dar escoamento ao seu fabrico, caracterizam o segundo marco no contexto sociológico do consumidor.

As consequências de ambas as revoluções foram o crescimento das empresas, a expansão de produtos e serviços sofisticados, o aumento das situações de risco, a diminuição na qualidade e segurança dos bens, a ausência de reparação de danos, a criação de necessidades artificiais, a publicidade ostensiva, as técnicas excessivas de persuasão, os gastos exagerados, a utilização de cláusulas abusivas e a redução da liberdade de escolha, situações que instalaram um quadro de flagrante desequilíbrio técnico, informativo e econômico entre os produtores/fornecedores e os consumidores (BARBIERI, 2013, p. 19).

Ante o crescente desnivelamento das partes, percebeu-se que as regras que ditavam a economia tradicional da época não bastavam para regular as novas diretrizes do comércio. A crença de que o ajustamento entre a produção e o consumo, entre a oferta e a procura resolvia-se automaticamente pela livre concorrência e a ideia de que o consumidor era soberano, por poder eleger a forma de produção de acordo com suas compras, mostraram-se falsas frente à constatação de que novas técnicas industriais e comerciais faziam-no dependentes e vulneráveis (LIZ, 1997, p. 46).

Isso ocorria porque, a despeito da constatada fragilidade, o ordenamento jurídico vigente, conformado com os princípios da Revolução Francesa, era hostil ao tratamento diferenciado e à intervenção na livre autonomia das partes. Pelo princípio da igualdade, o consumidor e fornecedor deveriam ser considerados iguais no mercado concorrencial. Tendo em conta o liberalismo econômico, o Estado deveria abster-se de intervir, deixando aos particulares a composição de seus interesses. Além disso, pelo individualismo reinante, a ação coletiva e organizada dos consumidores não se compunha (ALMEIDA, 2000, p. 13-27).

Significa dizer que o arcabouço normativo da época era inadequado para tratar da problemática do consumidor, já que a situação exigia um intervencionismo estatal e uma política parcial de defesa do mais fraco contra o mais forte, não tolerados nesse momento histórico.

Diante do declínio do mercado de concorrência e do desconformismo do direito tradicional ao novo cenário, deu-se início à movimentação dos consumidores, no sentido de se criarem organismos de força para combater os infortúnios da emergente sociedade de consumo (BARBIERI, 2013, p. 20).

Pode-se afirmar que as iniciativas de maior importância para o reconhecimento da fragilidade e necessidade de proteção especial dos consumidores começaram a se desenvolver no campo da política de consumo, a partir do século XX (RICHTER, 2002, p. 31).

Nos Estados Unidos, o tema da proteção dos consumidores foi estimulado e alguns direitos fundamentais do consumidor foram consagrados. Dentre eles o direito à segurança, à informação, à escolha e a ser ouvido seguindo-se, a partir daí, um amplo movimento mundial em favor da defesa do consumidor (DE LUCCA, 2003a, p. 47).

Ainda nos Estados Unidos, em 1929, foi instituída a *Consumers Research In*, primeira instituição de interesse público e caráter científico, que tinha por fim examinar os produtos postos à venda e publicar os resultados aos cidadãos. Em 1936, foi fundada a *Consumers Union of the United States*, entidade que divulgava informações sobre a situação do mercado, qualidade e preços de produtos. Em 1938, foi proibida a publicidade enganosa no comércio de alguns produtos. Em 1939, foi tornada obrigatória a etiquetagem de lã, mais tarde estendida a todos os têxteis, com a indicação da respectiva composição. Em 1962, foi criado o *Consumer Advisory Council*, a quem competia auxiliar o governo e informar ao público questões que interessam aos consumidores. Dessas muitas iniciativas, merece destaque a

mensagem do presidente Kennedy dirigida ao congresso em 1962, que constituiu uma espécie de carta dos direitos dos consumidores (LIZ, 1997, p. 30-31).

Em 1973, esses direitos foram reconhecidos pelas Nações Unidas como fundamentais e universais do consumidor. Assim, a ONU, assumiu uma posição de destaque acerca de questões de proteção aos consumidores quando elaborou a Resolução 39/248 (ALMEIDA, 2000, p. 5-7).

Por meio dessa Resolução, a ONU baixou normas sobre a proteção do consumidor, tomando clara posição e cuidando detalhadamente do tema, reconhecendo a vulnerabilidade dos consumidores diante dos desequilíbrios de aspectos econômicos, educacionais e de poder aquisitivo (ALMEIDA, 2000, p. 6).

Como bem detalhado por Almeida:

Essa Resolução discorre sobre os princípios gerais da proteção, aconselhando e incentivando os governos a desenvolverem, reforçarem e manterem uma política firme de proteção ao consumidor procurando engajar nesse movimento as empresas, as universidades e as entidades de pesquisas públicas e privadas, tendo em vista o atendimento das seguintes necessidades: a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua segurança; b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores; c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas de acordo com as necessidades e desejos individuais; d) educar o consumidor; e) criar possibilidades de real ressarcimento do consumidor; e f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes (2000, p. 6).

Dessa forma, leis de proteção ao consumidor foram criadas em vários países, sendo que o avanço da temática não ocorreu de maneira uniforme em cada um deles. Cada um elaborou suas próprias leis a seu tempo e conforme seu processo de desenvolvimento socioeconômico e político (CANUT, 2007, p. 84).

1.2.2 O Direito do Consumidor no Brasil

Depois de traçado um esboço geral acerca do surgimento e desenvolvimento do direito do consumidor, cabe destacar a situação da proteção dos consumidores brasileiros. Procurar-se-á mostrar o surgimento da preocupação e da legislação para esses sujeitos vulneráveis no Brasil.

Antes da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, só sancionado na década de 90, não havia no Brasil legislação específica para tutelar os consumidores.

Existiam, sim, leis diversas que, de maneira indireta, acabavam viabilizando-lhes algum tipo de proteção (CANUT, 2007, p. 91).

No Brasil, a percepção da necessidade de proteção do consumidor começou a aflorar nos anos 50, teve relevante crescimento na década de 70 e atingiu o auge em finais de 80, início de 90. No entanto, a contrário do que ocorreu na América do Norte e na Europa, a participação consciente da sociedade, no sentido de exigir uma maior atenção aos consumidores, foi branda, cabendo a poucos estudiosos da classe jurídica e aos legisladores constituintes os méritos pela percepção da nova realidade (MARINS, 1993, p. 18).

Primeiramente surgiram processos legislativos esparsos que, dispendo sobre saúde, proteção econômica e comunicações, acabavam por proteger os consumidores de forma indireta. São exemplos a Lei da Usura (Decreto 22.626/33), Lei dos crimes contra a economia popular (Decreto 9.840/46), Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), Lei de repressão ao abuso econômico (Lei 4.137/62), Lei delegada 4 de 1962, que visava assegurar a livre distribuição de produtos, Lei da ação popular (Lei 4.717/65), Projeto para a criação do Conselho de Defesa do Consumidor, Projeto de Lei 898/1988, além de dispositivos do Código Civil, Comercial e Penal vigentes (BARBIERI, 2013, p. 30).

De maior notabilidade para a defesa do consumidor foi a Lei do Juizado de Pequenas Causas (Lei 7.244/84) que facilitou o acesso do consumidor ao Poder Judiciário e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que possui como finalidade precípua a tutela dos interesses difusos, dentre esses interesses encontra-se a concessão da proteção ao consumidor (ALMEIDA, 2000, p. 10).

A conquista de maior relevância para a proteção do consumidor no Brasil ocorreu com a inclusão de dispositivos específicos sobre o tema na Constituição Federal, promulgada em 1988. Isso só foi viabilizado em decorrência dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor (ALMEIDA, 2000, p. 11).

Dessa forma, a Constituição Federal dispõe claramente sobre a proteção do consumidor. Os dispositivos aos quais o próprio CDC faz referência e que costumam ser mais citados são: o inciso XXXII do art. 5º, que dispõe que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"; o inciso V do art. 170, que insere a defesa do consumidor entre os princípios que a ordem econômica deve observar; o art. 48, do Ato das Disposições Transitórias, que prescreve que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da

promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor" (ALMEIDA, 2000, p. 11).

O claro objetivo do legislador constituinte foi implementar uma política nacional de relações de consumo baseada em uma disciplina jurídica única e uniforme, destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 356).

Após a elevação do tema ao nível constitucional, houve vários estudos e discussões até chegar-se à promulgação, em 11 de setembro de 1990, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que entrou em vigor em março de 1991 (FILOMENO, 2001, p. 23). Essa Lei tinha por finalidade instituir um regramento consentâneo com a realidade do consumo, bem como rever os princípios da responsabilidade, visto que o ordenamento jurídico clássico, baseado na responsabilidade subjetiva e na disciplina dos vícios redibitórios, mostrava-se exíguo para garantir a proteção das vítimas contra a multiplicação dos acidentes de consumo resultantes da evolução industrial (EFING, 2000, p. 57).

Pelo histórico apresentado anteriormente, pode-se verificar que o Brasil não foi um dos primeiros países a legislar sobre o assunto. No entanto, o fato de a legislação brasileira ter sido sistematizada na forma de um código, fez com que o Brasil aparecesse como o pioneiro da codificação do Direito do Consumidor em todo o mundo (BENJAMIN, 2001, p. 8).

1.3 Direito eletrônico

Aqui, busca-se levantar brevemente um estudo sobre o direito eletrônico, abordando seu surgimento na sociedade e sua importância nos dias de hoje, além de demonstrar a inserção do comércio eletrônico na vida cotidiana.

Por fim, faz-se uma comparação dos elementos da relação de consumo tradicional e virtual, isto é, detalha-se o consumidor, o fornecedor e o objeto dessa modalidade contratual, de acordo com os respectivos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

1.3.1 Configuração do negócio jurídico de consumo

Para se evitar possíveis dúvidas acerca dos elementos da relação de consumo, o legislador brasileiro se encarregou de definir expressamente os conceitos de fornecedor, consumidor, produto e serviços no Código de Defesa do Consumidor. A figura do consumidor foi enfocada de quatro maneiras distintas ao longo dos artigos do código, devido à complexidade da matéria (GRINOVER, 2007, p. 227).

A primeira definição encontra-se no art. 2º que dispõe: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O traço marcante desse conceito refere-se à exigência de que o consumidor, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, adquira ou utilize produtos e serviços como destinatário final (GRINOVER, 2007, p. 31).

A destinação final do produto ou serviço pode ser interpretada de maneira restritiva ou extensiva. De maneira restritiva, como defende a corrente finalista, leva-se em conta a finalidade com que foi adquirido o bem ou serviço e encarando como consumidor apenas o sujeito que adquire ou utiliza um produto para uso próprio e de sua família e não aquele que age com intuito de desenvolver uma atividade mercantil. De forma extensiva, segundo a corrente maximalista, considera-se apenas a destinação fática do produto ou do serviço, vale dizer, a efetiva retirada do mercado ou a efetiva utilização, independentemente da destinação econômica do bem ou do intuito lucrativo do consumidor (MARQUES, 2014, p. 253-288).

A tendência na doutrina e na jurisprudência brasileiras é a adoção da teoria finalista, entretanto, com a ressalva de que um profissional pode perfeitamente ser considerado consumidor, se estiver agindo fora da sua especialidade e se for reconhecida, por conta disso, sua vulnerabilidade frente ao fornecedor (GRINOVER, 2007, p. 31).

O mesmo dispositivo aborda o segundo enunciado de consumidor ao consignar em seu parágrafo único que "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". O parágrafo único alargou o conceito do *caput* considerando a coletividade de pessoas como consumidora, a fim de dar maior abrangência à disciplina da Lei 8.078/90, através da valoração jurídica do indivíduo que estabelece uma relação fática com o fornecedor, independentemente da aquisição efetiva do produto ou serviço, bem como através da tutela dos interesses individuais homogêneos e

difusos (MARQUES, 2014, p. 291). Trata-se de uma norma de caráter genérico, interpretativo e aplicável a todos os capítulos e seções do código.

A terceira definição consta do art. 17, que assim disciplina: "Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento". A seção a que se refere a norma trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. O preceito legal indica que nos casos de acidentes de consumo, os terceiros, ainda que não tenham participado da relação, mas que porventura tenham sido vítimas do evento danoso, são considerados consumidores por equiparação legal. O alargamento da proteção consumerista às pessoas estranhas à relação de consumo justifica-se ante a importância dos bens jurídicos atingidos pelos acidentes de consumo, quais sejam: a segurança e a integridade física, psíquica e econômica dos indivíduos (BARBIERI, 2013, p. 42-43).

O quarto e último conceito de consumidor vem definido no art. 29 que dispõe: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". De acordo com o dispositivo, considera-se consumidor qualquer pessoa exposta às práticas comerciais relativas à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobranças de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores previstas nos arts. 30 a 44, bem como, à proteção contratual quanto às cláusulas abusivas e contratos de adesão regulada nos arts. 46 a 54. Significa dizer que a coletividade potencialmente sujeita às atividades citadas ou propensa à referida contratação, encontra-se abrangida pelo diploma consumerista, ainda que não componha uma relação contratual de consumo (BARBIERI, 2013, p. 43).

Conclui-se, ante o exposto que o Código de Defesa do Consumidor reconhece duas categorias de consumidores: os consumidores efetivos, partícipes ativos da relação de consumo (art. 2º, *caput*); e os consumidores equiparados, quais sejam a coletividade (art. 2º, parágrafo único), as vítimas de acidente de consumo (art. 17) e os sujeitos a determinadas práticas comerciais (art. 29), concedendo a todos, indistintamente, tratamento igualitário.

No Brasil, considera-se fornecedor, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A definição legal abrange qualquer pessoa física, bem como qualquer pessoa jurídica que ofereça produtos ou serviços, mediante desempenho habitual de atividade civil ou mercantil. Contempla apenas os fornecedores que atuam no mercado de consumo de maneira habitual e reiterada. Pode tratar-se de particular ou pessoa pública, compreendendo-se nesta hipótese, o Poder Público por si mesmo, ou por intermédio de empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos. Da mesma forma pode se tratar de fornecedores nacionais, estrangeiros, ou entes despersonalizados (NORRIS, 1996, p. 18).

Supletivamente, o art. 12, relativo à responsabilidade civil, que será abordado posteriormente, auxilia nessa definição ao indicar expressamente como fornecedores o fabricante, o produtor, construtor, o importador ou quem tenha montado, projetado, formulado, manipulado, apresentado ou acondicionado o produto (ROCHA, 1992, p. 72).

O objeto da relação consumerista pode ser um produto ou um serviço. O art. 3º do CDC, em seu § 1º, prela: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". O produto tem por essência um bem, uma obrigação de dar, de transferir a propriedade ou a posse de coisa móvel ou imóvel, material ou imaterial (GRINOVER, 2007, p. 179).

O § 2º dispõe que "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". O serviço diz respeito a uma atividade prestada mediante remuneração, uma obrigação de fazer, de realizar uma conduta que beneficie o consumidor. O código inclui, expressamente, nos serviços as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária e exclui as de caráter trabalhista, a fim de evitar discussões sobre a aplicabilidade da lei. Da mesma forma, afasta do enunciado de serviço a atividade realizada sem remuneração (DE LUCCA, 2000, p. 26-22).

Importa destacar que, ao mencionar a remuneração, o código não se refere apenas à remuneração direta, ou seja, ao pagamento efetuado pelo próprio consumidor, mas compreende também a remuneração embutida em outros custos e a remuneração indireta. Isto é, o benefício comercial indireto do fornecedor, advindo de prestações de serviços aparentemente gratuitos (EFING, 2000, p. 91).

Cláudia Lima Marques afirma que:

[...] a expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contra-prestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo e que hoje, juridicamente a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração (2014, p. 328).

Assim, para a configuração dos serviços é necessário o elemento remuneração, todavia entendido como o benefício direto ou indireto, recebido pelo fornecedor ou cobrado por meio de outras atividades relativas.

Conhecidos os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor, resta compreender como se consubstancia a ligação entre ambos.

A preocupação é relevante para certificar quem se encontra abrangido pela proteção legal. Se apenas for considerada relação de consumo aquela derivada de um contrato, a amplitude da lei se restringe aos sujeitos envolvidos; se também for admitida como de consumo aquele proveniente de um ato jurídico diverso, expande-se o entendimento para absorver os indivíduos que não compuseram diretamente a relação, mas que ainda assim foram por ela afetados. Nesse contexto importa imaginar a situação dos usuários de bens perigosos adquiridos por outro, das vítimas lesadas por acidentes de consumo, das pessoas expostas a práticas contratuais abusivas e dos destinatários de publicidade e oferta ostensiva (BARBIERI, 2013, p. 49).

O nexó que une consumidor e fornecedor não se restringe apenas à relação contratual. Como já exposto, o CDC considera consumidor tanto o consumidor efetivo, quanto o consumidor equiparado. O primeiro deles, efetivamente, estabelece um contrato com o fornecedor. Contudo, o segundo, que pode ser a coletividade, a vítima do acidente de consumo (art. 17) ou o sujeito exposto às práticas comerciais (art. 29), não compõe o elo contratual, mas ainda assim, é considerado consumidor e recebe proteção e tratamento igualitário (MARQUES, 2014, p. 303).

1.3.2 Histórico da *internet* e do comércio eletrônico

O termo *internet* significa a interação entre computadores, com a finalidade de compartilhar informações. A ideia da conectividade entre computadores surgiu nos Estados Unidos, tal como o movimento consumerista, no período da guerra fria. Para fazer frente ao fato de a antiga União Soviética ter colocado em órbita seu primeiro satélite artificial, o governo americano criou, em 1957, a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), cujas

atividades envolviam objetivos militares. Face à necessidade de se manter em meio a guerra as comunicações entre os dirigentes políticos e os comandantes militares, foi organizado em 1962 um projeto de pesquisa tendente a evitar que a possível destruição de um sistema central de dados ocasionasse a quebra da comunicação entre os demais pontos de contato ou causasse a perda do conteúdo armazenado. A partir daí, desenvolveram-se sistemas compostos por diversificados pontos armazenadores de conteúdo, como forma a garantir a integridade das rotas alternativas de transmissão (BARBIERI, 2013, p. 53-61).

Em 1967, universidades e institutos de pesquisa foram chamados para operacionalizar o projeto, implementando as redes, fato que deu origem à ARPAnet. Em 1974, contando já com 62 servidores conectados, foi necessário desenvolver um conjunto de protocolos para ampliar o número de endereços disponíveis, formado pelo *Transmission Control Protocol* (TCP) e pelo *Internet Protocol* (IP), existentes até hoje. O *e-mail* foi a primeira utilização da rede, seguido pelos grupos de discussão em linha. Em 1983, o ARPAnet se desligou do caráter militar, dividindo-se em MILnet e a nova ARPAnet, com propósitos de pesquisa. Em 1988, surgiram o *Internet Relay Chat* (IRC), sistema de comunicação *on-line* em tempo real (ERENBERG, 2003, p. 7-15).

Em 1990, houve o encerramento da ARPAnet e o consequente nascimento da *internet*. Na mesma época, foi inaugurado o primeiro provedor de acesso comercial do mundo e, em 1991, teve início a *World Wide Web*, com o consequente início da era do comércio eletrônico (BARBIERI, 2013, p. 54).

Tentando trazer uma definição para o ciberespaço, Lévy diz que ele é:

[...] o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial de computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos [...], na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização (1999, p. 92) (grifos do autor).

Percebe-se, diante dessa significação, que o principal símbolo do ciberespaço é a *internet*, que consiste na maior interconexão de redes de computadores do mundo, incluídas as redes que a fomentam (LÉVY, 1999, p. 92).

Diante desse novo espaço de comunicação, a localização geográfica e corpo material deixam de ser elementos necessários e determinantes da sociabilidade (ALVES, 2002, p. 29).

Esse novo espaço de comunicação, pilar fundamental do paradigma digital, terreno onde está funcionando a humanidade hoje, será, e já vem sendo, utilizado em benefício de todas as áreas das atividades humanas, ganhando destaque como o mais notável vínculo de comunicação, de educação-aprendizagem, de diversão, de comercialização e ainda de viabilização de acesso a experiências de culturas passadas e das nascentes, estendendo-se cada vez mais para campos da estética, da arte e da política (LÉVY, 2000, p. 13).

A internet, assim como o próprio paradigma digital, resulta da convergência de diversas tecnologias da comunicação. Ela é a rede mundial, ou seja, a maior interconexão de redes de computador do mundo, sendo talvez o mais revolucionário meio tecnológico da era da informação (CASTELLS, 2002, p. 82).

Essa grande rede é um mecanismo de comunicação coletivo e interativo que permite modos originais de criação, de navegação no conhecimento e de relação social (LÉVY, 1999, p. 193).

Algumas das características marcantes da internet são: 1) estrutura aberta, o que impede que ela possua dono; 2) caráter trasfronteiriço; 3) caráter universal, que viabiliza seu uso geral e, assim, uma multiplicidade de operadores; e 4) interatividade, permitindo a comunicação em tempo real (LORENZETTI, 2004, p. 25).

O ciberespaço é provavelmente o mais notável vínculo de comunicação, afetando as estruturas econômicas, sociais, políticas e culturais. No entanto, a grande rede já atinge de maneira fundamental todos os âmbitos da vida dos conectados, possibilitando comodidades e novidades inimagináveis até então. Como exemplos, podem-se citar a comunicação universal a baixo custo, a comodidade na execução de tarefas cotidianas, como comprar e ler um jornal, ir ao banco, comparar preços e fazer compras, dentre outros (CANUT, 2007, p. 61).

Destaca-se, também, que esse cenário não possui apenas um lado bom. Ele se estende também ao campo dos problemas, mostrando sua outra face, aquela que lida com questões relativas à insegurança, à invasão de privacidade, à exclusão digital, às fraudes eletrônicas, aos crimes digitais, dentre outras.

O ingresso formal do Brasil nas comunicações eletrônicas deu-se em 1990, quando houve o encerramento da ARPAnet, para o nascimento da *internet*. Em 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia instituíram o Comitê Gestor da *internet* no Brasil, com o objetivo de assegurar a qualidade e eficiência dos serviços prestados, a justa e livre concorrência entre os provedores e o estabelecimento de padrões de

conduta aplicáveis aos provedores e usuários. Em 1996, o Brasil concluiu a montagem da rede nacional, inaugurando a utilização comercial da *internet* no país, oportunidade em que a empresa Embratel lançou o primeiro serviço em caráter experimental, disponibilizando-o às empresas privadas (BLUM, 2002, p. 31).

Em 2010, o total de brasileiros com acesso à *internet* em qualquer ambiente chegou a 73,9 milhões (segundo estudo do Ibope NetRatings). Na mesma época, o comércio eletrônico faturou cerca de R\$13,6 bilhões, envolvendo mais de 23 milhões de consumidores (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010).

1.3.3 Elementos da relação de consumo virtual

A expansão do comércio eletrônico na última década, despertou o interesse dos juristas para a questão referente à possibilidade de configuração dos comportamentos *on-line* como relações de consumo e, conseqüentemente, sobre a incidência das leis consumeristas no ambiente virtual.

Após constatar-se que a *internet*, a despeito de inovar no tocante ao meio onde se conformam as relações, não tem o condão de interferir em seu conteúdo, superou-se a hesitação para concluir que, estando presentes os elementos de um vínculo consumerista, ora denominados, ciberconsumidor, ciberfonecedor e produtos ou serviços virtuais, os ditos liames configuram relações de consumo e encontram-se abrangidos pelas normas de defesa do consumidor (SCHOUERI, 2000, p. 95-109).

Assim, revela identificar e reconhecer os possíveis componentes de uma relação de consumo em rede. Após o enfoque dado aos elementos da relação de consumo no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, há que transportá-lo ao ambiente virtual.

No Brasil, a figura do ciberconsumidor depende da interpretação dos arts. 2º, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor, não apresentando especificidades derivadas do ambiente eletrônico.

Considera-se consumidor virtual a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços fornecidos através da *internet*, como destinatário final. As hipóteses corriqueiras são, as compras *on-line* de CD's, vídeos, livros, programas de computador e jogos, sem intuito de revendê-los, bem como a utilização, de serviços financeiros, de acesso à

rede, de uso de espaço virtual, de contratação de viagens, para fins pessoais. Insta lembrar que se a pessoa adquirir produto ou serviço para fins de emprego em sua profissão, ou seja, se um advogado ou uma associação adquirir um programa de acompanhamento processual pela *internet*, ou uma loja virtual contratar um fornecedor de espaço para alocar seu *site* para vendas, poderão não ser considerados consumidores pela falta da destinação final econômica do bem (BARBIERI, 2013, p. 62-65).

Da mesma maneira que o consumidor individualmente considerado, a coletividade pode ser tida, de acordo com o parágrafo único do art. 2º do código, como consumidora virtual. Seria a situação de existir um *site* de um fornecedor divulgando publicidade enganosa ou inserindo *cookies* nos computadores dos usuários (BARBIERI, 2013, p. 62-65). Nessas condições a coletividade, potencialmente consumidora e sujeita a sofrer o dano, pode ser equiparada à figura do ciberconsumidor.

Além disso os terceiros, vítimas de acidentes de consumo, podem ser caracterizados ciberconsumidores consoante o art. 17 do CDC. Seria a hipótese em que um indivíduo utiliza o provedor de acesso contratado por outra pessoa e quando da realização do negócio há uma interrupção culposa do serviço, gerando danos patrimoniais ao utilizador. O terceiro, ainda que não possua vínculo contratual com o fornecedor, por ser caso evidente de acidente de consumo, pode ser equiparado ao consumidor e, portanto, ser também consumidor virtual (BARBIERI, 2013, p. 62-65).

Por fim, uma última situação constante da lei consumerista permite equiparar a consumidores as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no art. 29. Assim, as pessoas sujeitas à publicidade e ofertas *on-line*, *spams* e cláusulas contratuais abusivas podem ser consideradas consumidores em rede (ERENBERG, 2003, p. 41-49).

Agora tratando da tipificação dos ciberfornecedores, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que, de forma habitual e reiterada, forneça bens ou preste serviços, mediante remuneração direta ou indireta, desde que o faça através da rede mundial de computadores, pode ser considerada ciberfornecedora. Diante dos variados tipos de fornecedores na *internet*, passa-se a apresentar os principais.

O primeiro tipo é a loja virtual, que consiste em entidades que disponibilizam produtos ou prestam serviços através de *sites* alocados na *internet*. Atualmente há lojas eletrônicas para todos os segmentos do comércio, fornecendo os mais variados bens e serviços *on-line*. O estabelecimento virtual pode ofertar tanto produtos corpóreos, como livros,

aparelhos eletrônicos e animais, quanto bens virtuais, como programas de computador, músicas e livros eletrônicos (BARBIERI, 2013, p. 66-68).

Da mesma maneira pode fornecer serviços já conhecidos do comércio tradicional, como os serviços financeiros, de transporte e de seguro, bem como os serviços exclusivamente vinculados à rede, como a certificação eletrônica e a criação de páginas na *internet* (DIAS, 2001, p. 108).

Especialmente relevante para o tema são os chamados leilões virtuais. Sob três formas de atuação, os leiloeiros: a) são também os proprietários dos bens que colocam para revenda; b) não são propriamente os fornecedores dos produtos, uma vez que a sua função é intermediar o contato entre estes e os consumidores interessados; e c) apenas disponibilizam o espaço virtual para que o encontro de vontades entre o ciberfornecedor e o ciberconsumidor aconteça. Em qualquer dos casos, o leiloeiro ocupa um papel central pois normalmente organiza a oferta, acompanha os lances, define as condições de participação, presta informações aos participantes e adjudica o bem ao consumidor vencedor (MARTINS, 2008). Sendo assim, em todas as modalidades estar-se-á perante a figura de um ciberfornecedor, uma vez que presta um serviço em linha, com caráter habitual e profissional e recebe por ele uma remuneração direta ou indireta.

Outra modalidade é o fornecedor de conteúdo, que produz e fornece conteúdos *on-line* aos utilizadores da *internet*. As informações podem ser transmitidas em tempo real ou através de *downloads*. No primeiro caso o conteúdo é facultado ao internauta assim que este o acessa, como, por exemplo, uma página de texto. Na segunda hipótese, para ter acesso ao documento o consumidor realiza o *download* que permite buscar informações no servidor e transportá-las ao seu próprio computador, como ocorre ao atualizar um sistema de antivírus através da rede, por exemplo (LAGO JÚNIOR, 2001, p. 82).

Independentemente da forma como os dados são disponibilizados, a entidade responsável pela produção e encaminhamento da informação ocupará a posição de fornecedor de conteúdo, se assim o fizer com profissionalidade, economicidade e intuito de receber benefícios.

O chamado fornecedor de transporte consiste na entidade que permite a simples transmissão, via *internet*, de informações prestadas pelo utilizador ou que disponibiliza aos consumidores o acesso à rede. O fornecedor de acesso é o sujeito que faz a intermediação entre as operadoras de telecomunicações e o utilizador que possui *modem* ou linha telefônica.

O acesso é feito através da concessão de um endereço lógico (IP) ao consumidor para que possa ser identificado perante os demais usuários (FERNANDES, 1998, p. 45). São exemplos as empresas provedoras de *internet* convencional e móvel.

Por fim, o fornecedor de espaço é a entidade que se restringe a colocar certa área do ciberespaço à disposição do consumidor, de forma a lhe permitir a alocação de conteúdos com intuito extraprofissional. Esse serviço caracteriza-se pela armazenagem de documentos eletrônicos, de modo a disponibilizar o acesso enquanto haja interesse do consumidor (LEITÃO, 2001, p. 190). Tem-se como exemplo a hospedagem de *sites* que se encontram sob a direção de outrem e os serviços de armazenamento em "nuvem", como é o caso do Dropbox.

Em relação ao objeto das relações de consumo na *internet*, o produto virtual pode ser qualquer bem material ou imaterial, móvel ou imóvel. Adequam-se, portanto, ao parágrafo 1º do art. 3º os principais produtos objetos de transações em linha, quer sejam corpóreos, como os CD's, livros e utensílios domésticos, quanto incorpóreos, como *e-books*, vídeos e jogos eletrônicos (MARQUES, 2014, p. 101).

Os serviços passíveis de serem prestados pela *internet* são todos aqueles realizados mediante remuneração, tanto direta quanto indireta, incluídas as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excluídas as de caráter trabalhista (BARBIERI, 2013, p. 78). De acordo com o parágrafo 2º do art. 3º, o fornecimento de acesso, espaço, transporte, criação e manutenção de *sites*, entre outros, configuram-se como serviços virtuais.

Há que se fazer uma menção à presença constante de fornecedores de produtos ou serviços gratuitos no mercado *on-line*, dando-se ênfase aos provedores de acesso gratuitos, no sentido de se perceber se a falta de remuneração direta, normalmente feita pelo pagamento de uma quantia pelo consumidor virtual, pode ocasionar a desconstituição da figura de ciberfornecedor ou desvirtuar a relação de consumo virtual.

O CDC, ao conceituar os serviços como objeto da relação de consumo, exige que sejam prestados mediante remuneração, ao invés de instituir que a atividade do fornecedor deva visar à obtenção de benefícios. A despeito da diferença, a interpretação da norma se mantém para concluir que, consoante já exposto, a remuneração tanto pode se realizar de forma direta, quanto indireta. Assim, os serviços prestados gratuitamente, ainda que

teoricamente gratuitos, podem angariar prerrogativas ao fornecedor, mantendo-se consentâneo com a definição aposta pelo código (CARVALHO, 2001, p. 162).

Vale dizer que a função desempenhada pelos fornecedores de bens e serviços gratuitos não raras vezes lhes garante vantagens econômicas, referentes à divulgação da empresa, à angariação de clientela, à inserção no mercado *on-line*, de modo que serão considerados ciberfornecedores (BARBIERI, 2013, p. 81).

2 DIREITOS DO CONSUMIDOR NA *INTERNET*

A atividade mais atrativa e visada da internet tem sido o comércio. Isso se dá, principalmente, pelas expectativas de lucro que são criadas a seu respeito. Além, é claro, do fato de se apresentar como um novo modo de contratação que fornece, diante de suas diversas novidades, vantagens tanto para o consumidor quanto para o comerciante.

O comércio eletrônico tem crescido de forma rápida e avassaladora, por possibilitar que ofertas, informações e até produtos, desde que digitais, estejam disponíveis em qualquer parte do globo, instantaneamente, 24 horas por dia, durante todos os dias do ano. Ele viabiliza, na maioria das vezes, para ambas as partes contratantes, a redução do tempo e dos custos da transação em relação ao comércio tradicional, o aumento da comodidade para negociarem, além de possibilitar a venda de produtos e serviços personalizados, por meio dos quais o cliente tem exatamente o que quer e o produtor deixa de ter grandes estoques de mercadoria (FINKELSTEIN, 2003, p. 252).

Jayme Teixeira Filho considera o comércio eletrônico como: "a mais forte onda de mudança identificada na chamada 'nova economia', uma organização global de produção e consumo, fortemente baseada em tecnologia, comunicação e conhecimento" (2001, p. 9).

Assim, há necessidade de se compreender bem as alterações advindas dessa nova maneira de se comercializar, já que ela figura uma das maiores mudanças na organização humana, afetando a própria natureza das percepções e da comunicação social (RIFKIN, 2001, p. 13).

Na tentativa de esclarecer em que consiste o comércio eletrônico, pode-se dizer, de modo geral, que ele consiste nas negociações com teor econômico realizadas por intermédio dos meios eletrônicos.

Flávio Alves Martins e Humberto Paim de Macedo definem o comércio eletrônico como: "toda relação jurídica onerosa estabelecida para fornecimento de produto ou serviço, realizado por meio de uma rede de computadores" (2002, p. 9).

Após essa breve introdução do tema, dispor-se-á sobre questões mais técnicas. Pode-se dividir o comércio eletrônico em indireto e direto. O primeiro consiste na encomenda de bens via internet que devem ser entregues fisicamente por meio de serviços postais ou de correio. Já o segundo consiste na encomenda, pagamento e entrega direta de bens incorpóreos, que podem ser produtos novos, como *softwares* ou aplicativos, quanto produtos clássicos sob uma nova configuração, como *e-book* ou arquivos de música (CANUT, 2007, p. 136).

Essas negociações de comércio eletrônico, realizadas por intermédio da internet, são denominadas de contratos eletrônicos. Esses se diferem dos contratos tradicionais pelo fato de se utilizarem da interface computacional e do conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização, como meio para declarar a vontade de formação do acordo entre as partes. Dessa forma, pode-se definir o contrato eletrônico como negócio jurídico entre duas ou mais pessoas para entre si criar, modificar ou extinguir um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, diante de declarações de vontade manifestadas por meio da *internet* (SANTOS, 2000, p. 197).

As categorias mais importantes do comércio eletrônico são: o "B2B" (*business to business*), que consiste na contratação empresa-empresa e o "B2C" (*business to consumer*), que é a contratação entre empresa e consumidor. Além disso, existe o "B2G" (*business to government*), que é a relação empresa-governo (CANUT, 2007, p. 136).

Lorenzetti deixa claro que, nos contratos "B2C", a vulnerabilidade dos consumidores em relação aos comerciantes se agrava. As disparidades entre esses sujeitos no meio digital passam a apresentar-se sob três categorias: as disparidades econômicas, as disparidades de informação quanto ao objeto e ainda as disparidades tecnológicas (2004, p. 363).

As disparidades econômicas, sempre presentes nas relações de consumo, veem-se agravadas na economia digital em razão da ampla concentração dos fornecedores e comerciantes verificada nas grandes fusões e acordos estratégicos entre empresas (LORENZETTI, 2004, p. 363).

Com relação às disparidades de informação quanto ao objeto, a preocupação não decorre apenas do desconhecimento das características do bem ou do serviço. No quadro atual, o próprio produto é o grande desafio para o consumidor, pois, sendo constituído de informação, tornou-se intangível, hermético, mutável e flexível (LORENZETTI, 2004, p. 363).

As disparidades tecnológicas são decorrentes do novo meio de se comercializar, que se apresenta cada vez mais amigável aos olhos dos consumidores, encobrendo a realidade de que muitas atividades são mantidas sob controle dos comerciantes (LORENZETTI, 2004, p. 364).

Os contratos eletrônicos têm sido classificados em três categorias: as interpessoais, as interativas e as intersistêmicas. Os contratos interpessoais são aqueles realizados com a interação humana através de sistemas de correspondência eletrônica (*e-mail*). Os contratos interativos são o resultado de uma relação de comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema aplicativo. Já nos contratos intersistêmicos, a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação propriamente dita acontece (SANTOS, ROSSI, 2000, p. 111).

Destaca-se que a categoria contratual predominante é a interativa, por intermédio da qual o consumidor pode lidar com um sistema aplicativo, interagindo com ele, podendo pesquisar itens, preços, aceitar ofertas disponibilizadas no site, dentre outras opções.

2.1 Contrato eletrônico

A dificuldade inicial consistiu em estabelecer quais seriam as especificidades desse vínculo, a fim de se opinar pela configuração de um modelo contratual inédito ou pelo surgimento, tão só, de um novo modo e de um novo local para o encontro das declarações de vontade. Atualmente, o que se pode dizer, sob a égide do ensinamento de Cláudia Lima Marques, é que: "O contrato é velho, o método da contratação é atual, e o meio da contratação é que é novo" (2014, p. 99).

Vale dizer que não se tratam de novas espécies contratuais, mas da transposição dos contratos, conhecidos pelo direito, ao ambiente virtual (DE LUCCA, 2003a, p. 38-41). Assim, a *internet* não é um espaço sem normas e os contratos eletrônicos não estão à margem

da lei pois as regras aplicáveis ao caso estão previstas no ordenamento jurídico vigente (SANTOS; ROSSI, 2000, p. 129).

Para regular os contratos eletrônicos de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Medida Provisória 2.200/01, o Decreto 7.962/13 e a Carta de Princípios do comércio eletrônico (BARBIERI, 2013, p. 86).

A despeito da equivalência de regras jurídicas entre os contratos reais e virtuais, a contratação eletrônica apresenta algumas peculiaridades face à contratação tradicional, como a impessoalidade, a distância física como fator de debilidade informativa, a fluidez ou desmaterialização da contratação, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e aceitação, a falta de endereço físico comprovável, a complexidade técnico-jurídica e a execução à distância (MARQUES, 2014, p. 100).

Como contratos específicos do ambiente virtual, existem os *click agreements*, celebrados com o simples clicar do *mouse* em um campo determinado pelo fornecedor, os *wrap agreements*, contratos cujo conteúdo só pode ser visualizado após a celebração do negócio, os contratos com *clicks* em cadeia, mediante os quais o consumidor vai aceitando as condições apresentadas e ingressando em novas fases da contratação, afora os que podem se realizar tanto por meios interativos, como *chats* ou video-conferência, como por mecanismos mediatos, como o *e-mail* (MARQUES, 2014, p. 58-78).

Principalmente nos negócios celebrados no próprio *site* do fornecedor, merece relevo a frequência com que se utilizam cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão, pelo que o consumidor tem acesso aos termos previamente definidos para uma generalidade de consumidores, sem o poder de discussão, ficando limitado a clicar no botão "concordo".

Assim, adentrar-se-á com mais tecnicidade no assunto dos contratos de consumo no âmbito do comércio eletrônico.

2.1.1 Formação do vínculo contratual

No comércio eletrônico existem diversos modos de se efetivar a contratação à distância com consumidores. O consumidor pode, pela *internet*, dirigir-se a um fornecedor conhecido; pode encontrar a publicidade no *site* do fornecedor quando está navegando e se interessa pelo produto ou serviço; pode, pelo sucessivo ingresso em *hyperlinks*, chegar até a

oferta; ou pode, através da publicidade enviada por *e-mail* que, eventualmente contenha um *link* ou o acesso à oferta, decidir pela celebração do contrato.

Nesse passo, uma questão relevante é se essa publicidade deve ser considerada efetivamente como uma proposta contratual, na medida em que a simples aceitação pelo ciberconsumidor perfaria a contratação.

No direito brasileiro, a proposta obriga o proponente se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso, conforme o art. 427 do Código Civil. A oferta pública, nos termos do art. 429, equivalerá à proposta quando possuir os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Ocorre que a perspectiva do anúncio publicitário como proposta ou oferta pública não tem muita aceitação para as contratações em geral (GRINOVER, 2007, p. 238).

No entanto, quando se trata de relações de consumo o panorama é outro. Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30, que:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Sobre o referido artigo a primeira consideração é que o dispositivo admite a publicidade "por qualquer forma", o que significa que não faz restrições à publicidade veiculada pela *internet*, que pode ser admitida como proposta ou oferta ao público, vinculando o ciberfornecedor. Em segundo lugar, apenas se exige que a publicidade seja "suficientemente precisa", bastando para isto que apresente os elementos essenciais do contrato. Por fim, as informações contidas na campanha integrarão, necessariamente, o contrato de consumo (MARQUES, 2014, p. 626).

Diante desses aspectos, tem-se entendido no Brasil que a publicidade ao ciberconsumidor feita por *e-mail*, *sites*, *spam*, entre outros, caso apresente os elementos essenciais do contrato como a descrição sobre as qualidades do bem ou serviço e o preço, configura oferta pública, verdadeira proposta contratual (MARQUES, 2014, p. 129). Significa dizer que o ciberfornecedor está vinculado ao acordo, caso ocorra a aceitação da proposta contida na mensagem publicitária pelo ciberconsumidor.

Os projetos de lei em andamento sobre o comércio eletrônico, como o PL 1.589/99, bem como o projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor (PLS 281), que trata do comércio eletrônico, não dispõem expressamente sobre a publicidade como

proposta, limitando-se a elencar um rol de informações que devem constar na oferta e exigir que a oferta pública de bens, serviços ou informações, ocorra em ambiente seguro e certificado (BARBIERI, 2013, p. 91).

Em conclusão, nos contratos de consumo basta que a publicidade seja suficientemente precisa, contendo os elementos essenciais do contrato, para vincular o ciberfornecedor. Configurada a proposta, o ciberfornecedor fica a ela obrigado pelo prazo convencional ou legal, até que seja revogada, aceita ou rejeitada.

De acordo com o art. 35 do CDC, se o fornecedor de produtos ou serviços, no caso o ciberfornecedor, recusar o cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e a sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar o produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Outro aspecto que merece abordagem, a par da oferta nos contratos eletrônicos, refere-se ao momento em que ocorre a celebração do negócio jurídico. Isso se dá porque a data da conclusão do negócio pode ser determinante para a contagem do prazo de validade da oferta; para a averiguação da capacidade das partes; para a especificação das normas aplicáveis, em caso de alteração legislativa; para a fixação dos limites da retroatividade do contrato, submetido a condição suspensiva; ou para a determinação dos preços, que se estabeleçam de acordo com as variações do mercado.

No âmbito deste estudo, a data da contratação tem relevância para a determinação do início do prazo para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, nos termos do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, relativo aos contratos celebrados à distância.

A determinação do momento em que se tem por celebrado um contrato leva em conta o modo da contratação, se é feita entre presentes ou se ocorre entre ausentes. O elemento definidor entre uma e outra forma de contato é a existência ou inexistência de um intervalo juridicamente relevante entre a proposta e a aceitação (BARBIERI, 2013, p. 94).

A celebração do contrato, quando entre presentes, ocorre no momento da concordância do oblato, dada na sequência da proposta. Todavia, nos casos de contratação entre ausentes, a teoria aplicável é a teoria da expedição, ou seja, a perfeição do negócio se dá quando o interessado expede sua manifestação de vontade, consoante determina o art. 434 do Código Civil (VENOSA, 2003, p. 522). Em matéria de contratos de consumo, a orientação

legal é a mesma porque sobre este tema não há regulação específica pelo Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2014, p. 129).

Sendo assim, nas contratações eletrônicas feitas entre ciberfornecedor e ciberconsumidor presentes, vale dizer através de comunicações interativas como *chats* na *internet*, a aceitação deve ser imediata, e aí se dará a conclusão do negócio, sob pena de a oferta perder a validade (MARQUES, 2014, p. 130).

Entre ausentes, entendida como a contratação firmada por *e-mail*, pelo *site* ou por outro meio de comunicação não interativo, o momento da celebração atende à teoria da expedição. Assim, se o consumidor clica no espaço destinado para a aceitação ou envia um *e-mail* contendo a aceitação, isso é suficiente para o contrato estar concluído.

Em suma, a celebração dos contratos eletrônicos entre presentes, por via de comunicações interativas, ocorre no momento da concordância do oblato. Entre ausentes acontece com a expedição da aceitação pelo ciberconsumidor.

2.1.2 Qualificação dos contratos eletrônicos

Diante da diversidade de contratos que podem ser firmados eletronicamente, a primeira observação diz respeito à impossibilidade de que sejam qualificados de uma maneira genérica, sob um único tipo contratual. De acordo com o conteúdo estipulado pelos sujeitos, podem receber uma qualificação tipificada no ordenamento jurídico, uma qualificação mista, agrupando características de modalidades contratuais diversas, bem como enquadrar-se em uma qualificação análoga a outras espécies de contrato. Dentre os variados contratos possíveis, serão abordados os mais frequentes.

Em primeiro lugar, há que tecer alguns comentários sobre os contratos de aquisição ou utilização de bens, que confortam o maior número de negócios em linha. A abordagem será feita tendo em vista as especificidades e dificuldades do ambiente virtual. Nesse passo, importa classificar os contratos, em razão dos bens objetos da contratação, entre os que objetivam adquirir bens corpóreos e os que pretendem adquirir bens incorpóreos.

Quando se trata do fornecimento de bens corpóreos, atualmente pouca dúvida existe de que configuram contratos de compra e venda, pois visam a transmissão da propriedade de uma coisa ou direito, mediante o pagamento de um preço (BARBIERI, 2013, p. 101).

Ao contrário, quando está em causa o fornecimento de bens incorpóreos, a questão deixa de ser pacífica. A grande dificuldade envolve a qualificação dos contratos que versam sobre programas informáticos. Quando se fala nessa modalidade de bem, refere-se aos *softwares*, programas preelaborados, produzidos e distribuídos em massa, que respondem aos interesses de uma coletividade. Em princípio ficam excluídos os *softwares* de desenvolvimento que são programas específicos, criados de acordo com as particularidades encomendadas pelo usuário. Isso porque apenas os primeiros podem ser considerados bens, enquanto os segundos são objeto de contratos de prestação de serviços (BARBIERI, 2013, p. 101).

Diante disso, a análise repousa no contrato de fornecimento de programas de computador padronizados, transferidos em linha ou em um suporte físico. A questão aqui é saber que tipo de contrato o ciberconsumidor celebra na compra e venda desse bem. A lei dos programas de computador (Lei 9.609/98), também conhecida como lei dos *softwares*, dispõe expressamente, em seu art. 9º, que "O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença" (GANDELMAN, 2001, p. 198).

No mercado informático existem licenças para a distribuição e produção do programa, para distribuição ou para simples utilização final do *software* (LORENZETTI, 2000, p. 454). Das três modalidades, a que tem relevância para o estudo refere-se à licença de utilização final. Com efeito, através das licenças de utilização final o consumidor obtém autorização para usufruir do programa, sem participar da exploração econômica do *software* (DE LUCCA, 2003a, p. 69). O ponto agora é saber se, nesse caso, seria um contrato de compra e venda do programa.

Há, de fato, uma corrente doutrinária que assim o define. Argumentam que, como existe a transferência da propriedade da coisa ou a autorização de uso do *software* a título definitivo, trata-se, efetivamente, de uma compra e venda (LORENZETTI, 2000, p. 451). Em compensação, existem outros autores que negam a transferência da propriedade, afirmando que, como o fornecedor apenas concede o gozo do programa ao consumidor, por período temporário, está-se diante de um contrato de locação (BARBIERI, 2013, p. 102).

Ao que parece, a razão está com Alexandre Libório Dias Pereira que, a par das discussões, sustenta a natureza neutra das licenças de utilização. Conclui o autor que o critério realmente definidor refere-se ao conteúdo contratual estabelecido pelas partes (2002, p. 48). Somente em razão dos direitos e deveres contratados é que se pode concluir pela existência de

uma compra e venda ou locação ou ainda, na hipótese de serem prestações gratuitas, de um comodato ou doação (MARQUES, 2014, p. 100).

Diante disso, conclui-se que a aquisição de bens corpóreos pelo ciberconsumidor qualifica-se como contrato de compra e venda e a aquisição/utilização de um bem incorpóreo poderá configurar um contrato de compra e venda, locação, comodato ou doação, dependendo do conteúdo contratual fixado pelas partes.

A par da aquisição e utilização de produtos pela *internet*, outra modalidade de contrato que interessa para o estudo, pela frequência com que aparece, é o contrato de prestação de serviço.

Em função do que ocorre normalmente, importa distinguí-los entre aqueles que têm por objeto a prestação de serviços em geral, entendidos como serviços habitualmente desempenhados na sociedade tradicional, daqueles contratos de prestação de serviços ligados diretamente à sociedade da informação, quais sejam, os serviços relativos aos programas informáticos e as prestações relacionadas ao funcionamento ou utilização da *internet* pelos consumidores.

No primeiro caso, em que a *internet* é apenas o meio para o encontro de vontades, que poderia facilmente ocorrer fora da rede, a qualificação jurídica do negócio não apresenta maiores dificuldades. Isso porque, como esse tipo de negociação equivale ao procedimento tradicional, a análise do objeto e do conteúdo firmado pelas partes é suficiente para se chegar a uma tipificação do contrato (BARBIERI, 2013, p. 103).

Em contrapartida, na hipótese de prestação de serviços inerentes ao espaço virtual, a especificidade da contratação gera algumas dúvidas. Para saná-las há que indicar como objeto de análise as principais atividades que existem atualmente, sob as quais não existe consenso, que são: desenvolvimento de *software*, fornecimento de transporte, fornecimento de conteúdo, fornecimento de espaço, fornecimento de serviços intermediários e fornecimento de certificação eletrônica.

No que diz respeito ao desenvolvimento de *software*, entende-se que o contrato como o negócio pelo qual o fornecedor se obriga a criar um programa de computador, com as características técnicas determinadas pelo consumidor, configura uma encomenda de obra. Nesses termos, a qualificação jurídica assemelhar-se-ia à empreitada, atendendo aos critérios gerais do Código Civil, atinentes à espécie contratual. Cláudia Lima Marques entende que se

aplica ao caso a regulamentação da empreitada (arts. 610 a 626, CC) e da prestação de serviços (arts. 593 a 609, CC) (2014, p. 200).

No tocante aos demais serviços, apresentam natureza genérica de prestação de serviços, uma vez que o fornecedor se obriga a disponibilizar serviços, previamente determinados, aos consumidores que os solicitam (BARBIERI, 2013, p. 104-105). Assim ocorre entre os fornecedores de acesso e seus clientes, fornecedores de conteúdo e seus usuários, fornecedores de espaço e titulares dos *sites* ou titulares do conteúdo que será hospedado no espaço cedido, entre o fornecedor de transporte e seus utilizadores, bem como entre o prestador de serviços de certificação e seus requisitantes.

Não obstante, excepcionalmente, as atividades das operadoras referidas podem revelar semelhanças ora com o mandato (contratação eletrônica por meio de outrem, com ou sem representação), ora com o depósito (armazenagem de dados) (LORENZETTI, 2000, p. 447).

Assim, conclui-se que, em regra, os contratos de prestação de serviços realizados pela *internet* possuem a qualificação típica de prestação de serviços inominada. Todavia, ao se levar em conta o conteúdo fixado, pode-se encontrar elementos de outra espécie contratual, como do mandato, do depósito ou da locação.

2.2 Direitos do Consumidor no comércio eletrônico

Como já mencionado, os ciberconsumidores continuam sendo consumidores e por isso recebem do ordenamento jurídico toda a proteção geral dada a essa categoria. A fragilidade acrescida a que estão sujeitos, em razão do meio, não lhes garante privilégios pelo simples fato de serem ciberconsumidores, mas, por vezes, garante um tratamento diferenciado em determinadas matérias. Nessa medida, serão abordados os principais direitos garantidos aos consumidores.

2.2.1 Proteção contra cláusulas abusivas

Grande parte dos contratos celebrados via *internet*, constituem contratos de adesão (LORENZETTI, 2000, p. 445). Vale dizer que, de uma forma geral, apresentam cláusulas previamente redigidas pelo fornecedor, sobre as quais não houve discussão com o consumidor e sobre as quais não será aberta a possibilidade de modificação, cabendo ao

interessado a simples adesão ao conteúdo unilateral e previamente determinado. Além disso, os contratos eletrônicos são celebrados, rotineiramente, com base em cláusulas ou condições gerais. Com base em cláusulas que, além das características da predisposição, unilateralidade e rigidez, citadas anteriormente, foram elaboradas para integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro, ou seja, para terem como destinatário um número indeterminado de pessoas (MONTEIRO, 1999, p. 1107).

Dessa maneira, há justificativa para uma certa preocupação com o uso de cláusulas abusivas por parte do fornecedor, nesse novo meio de contratação em que se percebe uma maior dificuldade na leitura e compreensão do conteúdo contratual pelo consumidor.

A proteção ao ciberconsumidor contra essa prática encontra-se garantida nos arts. 6º, V, 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 51 constitui o principal dispositivo contra as inserções de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. O referido texto legal apresenta um rol de cláusulas que constituem abuso por parte do fornecedor e, por conta disso, são consideradas nulas de pleno direito. A nulidade de uma das cláusulas não invalida todo o contrato, exceto quando, apesar dos esforços de integração, sua ausência gera um ônus excessivo para qualquer uma das partes (BARBIERI, 2013, p. 110).

A lista é formada por dezesseis incisos e pode ser sistematizada, de acordo com Cláudia Lima Marques, em três grupos diferenciados: a) cláusulas que impossibilitem, exonerem atenuem ou impliquem renúncia dos novos direitos (incisos I, II, III, VI, XV e XVI); b) cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor (incisos IX, X, XI, XII e XIII); e c) as cláusulas surpresa (incisos VII e VIII) (2014, p. 790).

Além dessas, está prevista também, no inciso IV, uma cláusula proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. Dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Esse rol de cláusulas do art. 51 se aplica tanto aos contratos de adesão quanto aos contratos negociados. E, apesar de bastante ampla, a lista é apenas exemplificativa, uma vez que o próprio *caput* do dispositivo utiliza a expressão "dentre outras" antes de dar início ao

elenco das cláusulas nulas, bem como há previsão expressa da referida cláusula geral que possibilita a inserção de novas hipóteses de abuso (BARBIERI, 2013, p. 111).

O art. 53 complementa a proteção contra cláusulas abusivas, adicionando à listagem apresentada uma situação de nulidade expressa. Determina que nos contratos de compra e venda de bens em prestações ou na alienação fiduciária em garantia, são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas ao credor, que, em razão de inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

O art. 6º, V, que protege o consumidor contra as cláusulas abusivas, não se refere unicamente ao tema e determina que é direito do consumidor: "a modificação das cláusulas contratuais gerais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Constitui uma exceção ao sistema da nulidade absoluta, pois permite ao juiz revisar e modificar as cláusulas abusivas, integrando o contrato de consumo. A novidade é que o fato superveniente não precisa ser extraordinário, irresistível ou imprevisível, apenas deve ser posterior à contratação e causar alteração da engenharia contratual, quebrando o equilíbrio entre as partes (MARQUES, 2014, p. 789).

Nesse contexto, podem ser consideradas abusivas cláusulas que excluam a responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou serviço fornecido *on-line*, que permitam o ciberfornecedor a alteração unilateral do contrato mediante simples comunicação por *e-mail*, que concedam prioridade às cláusulas e condições gerais na rede sobre aquelas impressas, mesmo se as condições gerais na rede não tenham sido aceitas ou informadas ao consumidor, que excluam a responsabilidade por danos, que reduzam todas as obrigações do provedor a obrigações de meio e não de resultado, que permitam ao fornecedor comunicar a terceiros os dados do consumidor, sem que o provedor preveja uma maneira fácil de o consumidor expressar sua opinião e que imponham ao consumidor que retire ou baixe seus *e-mails* de comunicação em um período de tempo muito curto ou com uma periodicidade muito curta e considerar, após, que os *e-mails* foram recebidos e aceitos pelos consumidor, sem oposição (MARQUES, 2004, p. 204-205).

2.2.2 Qualidade dos produtos e serviços

Conforme referido, os negócios mais frequentes celebrados pela *internet* são a aquisição/utilização de bens e a prestação de serviços. Nessas contratações, a par de outros direitos garantidos ao ciberconsumidor, o ordenamento jurídico brasileiro assegura a qualidade do objeto contratual.

O direito à qualidade dos produtos e serviços não consta no rol de direitos básicos assegurados ao consumidor no art. 6º do CDC. Todavia, o Capítulo IV, que trata da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos, contém a Seção III que regula a Reponsabilidade por Vício do Produto e do Serviço.

Assim, nos arts. 18 e 20, prevê o código que o fornecedor de produto e serviço, respectivamente, responde por vícios de qualidade ou quantidade que tornem o produto ou serviço impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminuam o valor, bem como, por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações dadas ao consumidor (BARBIERI, 2013, p. 115).

Significa que o ciberconsumidor tem o direito a receber os produtos e serviços próprios e adequados ao consumo, em conformidade com o seu valor efetivo e conforme as indicações recebidas.

Nesse passo, não pode o fornecedor disponibilizar no mercado virtual, um *software* que falhe com frequência ou que apresente *bugs* que impedem a realização do seu fim (RODRIGUES, 2003).

2.2.3 Reparação de danos

O consumidor que adquire produtos ou serviços pela *internet* tem direito a que esse objeto contratual esteja isento de vícios, tal como exposto anteriormente. Mas também tem direito a que esse bem ou serviço seja seguro, de forma a que não acarrete danos ao seu patrimônio ou a sua própria pessoa. Ainda, tem direito a receber informações claras e precisas sobre o objeto e sobre o conteúdo do contrato, para conformar a liberdade real de escolha. Por fim, tem direito a que o contrato firmado *on-line* seja cumprido na integralidade (BARBIERI, 2013, p. 115-118).

Na impossibilidade de que assim seja, vale dizer, na hipótese de a coisa ou o serviço contratado não serem seguros e produzirem, por isso, um dano ao consumidor, na falta

de informações ou mesma na circunstância de o contrato não ser perfeitamente cumprido, terá o ciberconsumidor o direito a que os danos daí decorrentes sejam reparados pelo ciberconsumidor (BARBIERI, 2013, p. 116).

Os arts. 186, 389 e 927 do Código Civil regulam a responsabilidade civil contratual e extracontratual, assegurando ao lesado o direito à reparação de danos. No entanto, em caso de responsabilidade civil com origem nas relações de consumo, essa normativa aplica-se apenas subsidiariamente (BARBIERI, 2013, p. 117).

Em um primeiro momento, o CDC garante, no art. 6º, VI: "A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Posteriormente, na Seção II, Título I, regula a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Contrariamente à Seção III, que trata da responsabilidade por vício do produto ou serviço, a mencionada Seção II contém as regras para a responsabilidade pelos danos causados pelos produtos e serviços, os chamados acidentes de consumo, ou ainda por informações inadequadas ou insuficientes sobre o objeto contratual (BARBIERI, 2013, p. 118).

Assim, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor preceitua que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos [...], bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

No mesmo sentido, o art. 14 dispõe:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em ambos os casos, o CDC impõe ao fornecedor, entendido como o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, a responsabilidade independente de culpa por danos causados por defeito do produto ou serviço ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre o objeto contratual, com exceção dos profissionais liberais (BARBIERI, 2013, p. 118).

Sendo assim, ao ciberconsumidor brasileiro é assegurado o direito à reparação de danos causados por defeitos do objeto contratado *on-line* ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre o produto ou serviço adquirido em rede, nos termos dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (MARTINS, 2008).

2.2.4 Direito a informações

O direito a receber informações claras, precisas e suficientes é um dos principais direitos que compõem a defesa do consumidor. A indicação do fornecedor, a descrição do bem ou serviço e o esclarecimento das condições do negócio são imprescindíveis para garantir a opção livre e consciente do sujeito vulnerável. No âmbito da contratação eletrônica, tem especial relevo, por conta da falta de contato presencial do consumidor com o objeto e com o fornecedor (BARBIERI, 2013, p. 118-127).

É assegurado ao consumidor direito a informações em diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor. Primeiramente, no art. 4º, o direito a informações aparece como um dos princípios regentes da política de relações de consumo. Em seguida, consta do rol de direitos básicos do consumidor, constantes do art. 6º, que preceitua:

São direitos básico do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre riscos que apresentem.

Com relação ao produto, serviço e seus riscos, o art. 31 determina que:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem prestar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Sobre o fornecedor a distância, o art. 33 exige que, em caso de venda por telefone ou reembolso postal (ressalta-se que, por analogia, estão incluídas também as vendas *on-line*), o nome e endereço do fabricante sejam informados na embalagem, na publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial (MARQUES, 2014, p. 253).

No que se refere ao preço, orçamento e condições, além de aplicável o art. 31 ora transcrito, o art. 40 fixa a obrigação do fornecedor de entregar um orçamento prévio, discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término do serviço (CASTRO, 1997, p. 55).

Ademais, o art. 52 elenca algumas informações específicas e detalhadas que devem, obrigatoriamente, ser prestadas ao consumidor, quando se tratar de outorga de crédito ou concessão de financiamento (GRINOVER, 2007, p. 124).

Quanto ao direito a informações claras e precisas, afora o art. 31, também têm incidência os arts. 36, 46 e 54, que estipulam que a publicidade deve ser imediatamente

identificada como tal, que o conteúdo contratual deve ser previamente dado a conhecer ao consumidor e que os contratos de adesão devem ser redigidos em termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis, em alguns casos em destaque, de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor (GRINOVER, 2007, p. 132).

Apesar de não serem destinados especificamente ao consumidor em linha, todos os artigos são aplicáveis ao comércio eletrônico, uma vez que um amplo direito a informações, no entendimento de Cláudia Lima Marques:

[...] visa a compensar a vulnerabilidade especial do consumidor, causada tanto pela distância física, o desconhecimento do fabricante (ou comerciante) do meio eletrônico utilizado e da impossibilidade de experimentar o produto e serviço, quanto pela insegurança em relação à entrega destes (2004, p. 252).

Da análise combinada de todos os artigos, o ciberconsumidor tem direito a informações sobre o fornecedor a distância, sobre o produto, serviço e seus riscos, sobre o preço, orçamento e condições, e deve receber informações claras e precisas, seja na publicidade, nos pré-contratos, nos contratos e nas mensagens em geral (MARQUES, 2004, p. 252).

A falta de cumprimento do dever de prestar informações ao consumidor tem como consequência a responsabilidade do fornecedor pelos danos, nos termos dos arts. 12 e 14, já referidos anteriormente, a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço ou a não vinculação do consumidor ao contrato, nos termos do art. 46 (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 240).

O projeto de Lei 1.589/99, no capítulo referente às informações prévias, determina que a oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre o nome, endereço físico, correio eletrônico e forma de contatar o ofertante, o arquivamento do contrato e instruções para tanto, os sistemas de segurança utilizados e a identificação e endereço físico do armazenador. Apesar de estipular a obrigatoriedade das informações, não prevê uma sanção na hipótese de descumprimento (BARBIERI, 2013, p. 125).

Além disso, o projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012, que propõe a atualização do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico, prevê que o ciberfornecedor disponibilize diversas informações aos ciberconsumidores. Outrossim, o recente Decreto 7.962/13, em seu art. 2º, dispõe que, em sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos, as seguintes informações devem estar em local de destaque e de fácil localização:

[...] I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Por fim, a Carta de Princípios do comércio eletrônico recomenda na Parte III, aos setores público e privado, que promovam a informação adequada, clara e precisa aos consumidores sobre os produtos e serviços do comércio eletrônico (BARBIERI, 2013, p. 126).

2.2.5 Direito de arrependimento

O direito à livre resolução encontra lugar naquelas ocasiões em que se considera que o consumidor não possui condições adequadas para, naquele momento, discernir e livremente optar pelo negócio. São circunstâncias em que existe uma flagrante debilidade, caracterizada pelo défict de informação. Portanto, o ordenamento jurídico abre a hipótese de o consumidor repensar e melhor analisar o negócio em causa (GRINOVER, 2007, p. 227).

O primeiro contexto em que surge o direito de retratação, envolve a falta de informações. As informações prestadas ao consumidor devem ser suficientes e legíveis, de forma a não comprometer a utilização adequada do bem ou do serviço (CASTRO, 1997, p. 47).

O ordenamento jurídico brasileiro assegura ao consumidor o direito de desistir de relações de consumo à distância, ou seja, aos casos em que a contratação ocorre fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio. Uma vez mais se justifica o posicionamento no potencial déficit de informação e reflexão a que está sujeito o consumidor. No caso de contratação fora do estabelecimento comercial ou por telefone, falta o contato pessoal com o fornecedor e com o objeto da negociação, o que mitiga o direito a informações suficientes e adequadas (BARBIERI, 2013, p. 130-131).

Diante disso, de acordo com o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

A questão que se coloca sobre a contratação eletrônica é a de saber se pode ser considerada contratação fora do estabelecimento comercial e, desse modo, ser enquadrável no art. 49. Ao que parece, trata-se efetivamente de contratação fora do estabelecimento comercial, uma vez que o ciberconsumidor não se dirige fisicamente ao local de fornecimento e nem tem contato direto com o fornecedor, circunstâncias que garantiriam uma maior eficácia ao direito de informações e, ato contínuo, uma maior liberdade de decisão (MARQUES, 2014, p. 885).

Cláudia Lima Marques entende que os novos meios de contratação à distância devem ser considerados incluídos no art. 49 em analogia com a expressão "telefone" (2014, p. 885).

Em relação ao art. 49, uma observação merece ser feita. Refere-se ao início da contagem do prazo de sete dias. Sérgio Ricardo Marques Gonçalves entende que, como na contratação eletrônica não há assinatura física, deve-se entender o início do prazo como o da concretização do negócio ou a data do real recebimento do produto ou da prestação do serviço (GONÇALVES apud BLUM, 2002, p. 238).

A consequência para o fornecedor, na hipótese de o consumidor exercer o seu direito de arrependimento, será o surgimento do dever de devolver imediatamente os valores pagos pelo consumidor, de forma atualizada (GRINOVER, 2007, p. 232).

É mister referenciar que o projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012, que pretende a atualização do Código de Defesa do Consumidor, adapta o art. 49 aos contratos eletrônicos, vinculando o direito de arrependimento às contratações à distância e não mais às contratações fora do estabelecimento comercial (BARBIERI, 2013, p. 132-133).

No entanto, a dúvida da aplicação do art. 49 ao comércio eletrônico já foi superado, em razão do Decreto 7.962/13, que, em seu art. 5º, pacifica a questão, dando ao ciberconsumidor a possibilidade de usufruir do direito de arrependimento do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Em vista do exposto, tem o ciberconsumidor o direito de desistir do contrato em um prazo de sete dias, a contar do ato de recebimento do produto ou prestação do serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, incluída a contratação eletrônica.

2.2.6 Direito a não receber publicidade indesejada

Com o advento da *internet*, as técnicas de *marketing* sofreram relevante impulso. Além da facilidade da recolha de dados, o acesso aos consumidores tornou-se imediato.

Como formas de publicidade virtual, tem-se os *sites* de destinação, que são a empresa na *internet*; os micro *sites*, que são *sites* de menor tamanho e podem estar hospedados em provedores mantidos por outras empresas; a página intercalada, que aparece momentaneamente após um clique, podendo ocupar parte ou totalidade da tela do navegador; o *frame*, que é uma espécie de moldura, que consiste em uma página dentro da qual são exibidas outras páginas do mesmo ou de outro *site*; a janela *pop-up*, uma peça publicitária que se destaca do navegador, invadindo o campo visual do usuário; o *banner*, anúncio digital colocado à margem de outras informações, que ocupa uma pequena porção da tela; o *push advertising*, baseado em uma tecnologia que envia a mensagem eletrônica comercial diretamente ao usuário, sem que tenha necessariamente havido uma solicitação correspondente; além do *e-mail* (ERENBERG, 2003, p. 41-49).

No âmbito das relações de consumo, o CDC, em seu art. 6º, IV, trouxe uma importante contribuição, definindo como direito básico do consumidor a "proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços" e estabelecendo princípios regentes da publicidade como o princípio da identificação, da vinculação, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência e da correção do desvio publicitário (disposto nos arts. 30, 35, 36, 37, 38 e 56). Isso se aplica a todas as formas de publicidade enviadas a consumidores, por qualquer meio, inclusive o eletrônico (LORENZETTI, 2004, p. 151-157).

Com relação ao problema do *spam*, a proteção do consumidor tem sido feita com base nas regras gerais indicadas acima. De acordo com o aparato legislativo de proteção ao consumidor, primeiramente há a exigência de que toda publicidade seja claramente identificável, nos termos do art. 36 do CDC, que determina que "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal". Em segundo, há a proibição de que a publicidade enviada seja enganosa ou abusiva, de acordo com o art. 37, que em seus §§ 1º e 2º, conceitua expressamente ambas as modalidades. E em terceiro, há a proibição de práticas consideradas abusivas pelo fornecedor, consoante o art. 39 (GRINOVER, 2007, p. 187).

Há certa divergência em relação à caracterização dos *spams* como publicidade enganosa ou abusiva. O Código de Defesa do Consumidor define como enganosa, em seu art. 37, § 1º:

[...] qualquer modalidade de informação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Diovana Barbieri entende que a prática do *spam* não se enquadra perfeitamente no contexto previsto em lei. A publicidade enviada pelo *spammer* pode efetivamente ser enganosa, se for falsa ou induzir em erro o consumidor, mas isso não significa que a prática do *spamming* seja enganosa. A enganabilidade da publicidade relaciona-se com o conteúdo veiculado e não, com o modo como a difusão foi realizada. Significa dizer que a publicidade enviada ao consumidor, apesar de não ter sido solicitada e ser potencialmente capaz de gerar transtornos ou até mesmo danos, pode divulgar informações verídicas e claras e, dessa forma, não se encaixar na definição de publicidade enganosa (2013, p. 142-143).

Sobre o caráter abusivo da publicidade, dispõe o CDC, em seu art. 37, § 2º:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Seguindo o raciocínio anterior, a prática do *spam*, em si, não necessariamente traduz em uma publicidade abusiva. Mesmo que a abusividade não esteja estritamente ligada ao conteúdo, como no caso da enganabilidade, abrangendo também a forma da divulgação, compreende-se por abuso contextos que envolvam violência, discriminação, exploração e indução do consumidor ou desrespeito a valores ambientais, e essa realidade não parece abranger a prática do *spamming* (BARBIERI, 2013, p. 143).

Defendendo uma posição diversa, Jean Jacques Erenberg afirma que a imposição de mensagem publicitária, no caso de envio de *e-mail* não solicitado, configura publicidade abusiva e que a abusividade apontada seria extrínseca, ou seja, a mensagem seria abusiva quanto à forma de abordagem (2003, p. 51-64).

A terceira possibilidade de enfrentar a prática do *spamming* é conferida pelo art. 39, que proíbe condutas consideradas abusivas. Dentre um rol, exemplificativo, de 12 práticas

abusivas, consta do inciso III como proibida a prática de "enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço".

O referido dispositivo trata apenas do envio não solicitado de bens e serviços e, portanto, não se refere ao envio indiscriminado de mensagens publicitárias. No entanto, com base no caráter exemplificativo da lista, garantido pela expressão "dentre outras" aposta no *caput*, configurar-se-ia o *spamming* como uma prática abusiva. Dessa forma, têm-se entendido como abusivo o envio de mensagens publicitárias, sem que antes tenha havido a solicitação ou o consentimento prévio do consumidor (MARQUES, 2004, p. 171, 285; SILVA NETO, 2002, p. 45).

O panorama atual do tema aponta para um quadro de dúvida e, por vezes, falta de informações sobre o *spam*. Já existem alguns julgados sobre o assunto que vão desde considerar que inexistente relação de consumo entre o *spammer* e o consumidor, que o *spam* não é prática proibida e que não configura publicidade abusiva ou enganosa, até declarar que a responsabilidade pela sua ocorrência é do consumidor, responsável pela divulgação do endereço eletrônico e a quem cabe a instalação de filtros contra as mensagens não solicitadas (Juizado Especial do Mato Grosso do Sul, Processo 2001.1660812-9).

A despeito do Decreto 7.962/13 não ter tratado deste tema, o projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor, que versa sobre o comércio eletrônico, dispõe o intuito proibitivo das práticas de envio de ofertas e publicidade não solicitadas. No art. 44-F, em seus diversos incisos, o projeto proíbe que seja enviada mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: a) não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la; b) tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la; c) esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; e d) não identifique o remetente e o conteúdo comercial da mensagem.

Seguramente a proteção do consumidor sairia enriquecida com a aprovação dessa proposta. Tão grande a qualidade do conteúdo que poderia ser aplicável para além das relações de consumo. Todo e qualquer destinatário, ainda que não consumidor, estaria mais protegido com essa norma.

2.3 Princípios essenciais à proteção do consumidor no comércio eletrônico

Os princípios do direito do consumidor são a razão de ser da proteção conferida aos consumidores. São eles, com base nos valores sociais, que vão informar as normas

positivas presentes no sistema jurídico. Cabe ressaltar o conteúdo dos artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, nos quais vêm refletidos alguns princípios do direito do consumidor.

O art. 4º do CDC prescreve que são objetivos da Política Nacional de Consumo o "atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo", devendo, para tanto, guiar-se de acordo com alguns princípios.

Os princípios referidos nesse dispositivo são: I) a vulnerabilidade do consumidor; II) a atuação governamental de forma direta e indireta; III) a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento tecnológico, possibilitando o cumprimento do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações de consumo; IV) a educação e informação dos participantes do mercado de consumo quanto aos seus direitos e deveres; V) o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI) a coibição e proibição de todos os abusos praticados no mercado de consumo; VII) a racionalização e melhoria dos serviços públicos; e VIII) o estudo constante das modificações do mercado de consumo (CANUT, 2007, p. 100-101).

De forma bastante simplificada, pode-se dizer que os direitos do consumidor elencados no artigo 6º do CDC são: I) direito à segurança; II) direito à educação para o consumo; III) direito à informação; IV) direito à proteção contratual e pré-contratual; V) direito à indenização, à prevenção de danos e à facilitação de sua defesa; e VI) direito à melhoria dos serviços públicos (CANUT, 2007, p. 101).

Agora, voltando-se ao comércio eletrônico, quando se leva em conta a velocidade em que a tecnologia avança e a impossibilidade de se produzirem leis capazes de regular essa rápida evolução, percebe-se a importância da utilização dos princípios, para manter a coesão do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 1999, p. 321).

Os princípios supracitados consistem na base para qualquer julgamento que envolva contratações com consumidores, mesmo quando não haja a previsão legal de

determinada situação fática, inclusive nas contratações realizadas na *internet* (CANUT, 2007, p. 101).

Dessa forma, é relevante elencar brevemente os princípios mais aplicados no âmbito do comércio eletrônico, já que, em razão de suas peculiaridades e falta de regulamentação completa, ainda são muito utilizados, quais sejam: boa-fé objetiva, informação, transparência e confiança.

O primeiro princípio a ser tratado aqui é o da boa-fé objetiva, que tem grande importância no direito contratual, estando expresso nos arts. 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor e nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil.

Esse princípio se baseia em uma regra de conduta imposta às partes, em que elas devem levar em conta ao realizar uma relação jurídica, isto é, as partes devem buscar um equilíbrio no seu comportamento (ROSENVOLD, 2005, p. 80). O princípio da boa-fé objetiva deve ser verificado pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde sua criação, durante a realização do contrato e após sua extinção (GARCIA, 2008, p. 41).

A boa-fé objetiva criou os deveres anexos de conduta, os quais estão presentes em todas as relações jurídicas obrigacionais, com a intenção de demonstrar a maneira correta de cumprir a obrigação principal e satisfazer os interesses das partes. Dessa forma, não basta apenas o adimplemento da obrigação principal, mas também outros deveres de conduta devem ser observados pelos contratantes (NEGREIROS, 2002, p. 153-154).

Talvez o dever anexo de conduta da boa-fé objetiva mais importante seja o dever de informação, pois é fundamental para que as partes fiquem cientes de fatos que não seriam percebidos caso não houvesse a troca de informação entre os contratantes (ROSENVOLD, 2005, p. 109).

Esse dever anexo de conduta remete ao princípio da informação, que impõe aos contratantes o dever de, reciprocamente, apontarem todas as condições relevantes do contrato, em todas as suas fases. Como já descrito, sem essas informações, as partes, por sua própria diligência, não perceberiam alguma circunstância contratual e, assim, não realizariam o contrato da mesma forma, caso fossem informados da maneira adequada.

O direito à informação se encontra no art. 6º, III, CDC, já o princípio da informação está expresso no art. 4º, IV, da mesma lei. Esses dispositivos são essenciais no âmbito do comércio eletrônico, visto que os produtos e serviços, na maioria das vezes, são

visualizados pelos ciberconsumidores por meio de fotos ou descrições, que, em algumas oportunidades, não exaurem todas as informações referentes ao objeto do contrato.

Outro princípio bastante relevante para as relações de consumo na *internet* é o princípio da transparência, que se encontra no art. 4º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor. A transparência preconiza a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante a fase pré-contratual. De acordo com Cláudia Lima Marques, o princípio da transparência consiste no dever de agir com transparência, o que significa qualificar a informação de forma ampla ao consumidor, sendo remetida com clareza e, assim, retratando a realidade física, técnica e informacional do bem ou serviço contratado (2014, p. 715).

Como já explanado neste capítulo, o Código de Defesa do Consumidor busca proteger o consumidor de publicidades enganosas e abusivas. Essas publicidades corrompem os princípios da informação e da transparência, pois iludem o processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços de baixa qualidade, que, em melhores condições informacionais, não o faria (GRINOVER, 2007, 337).

Dessa forma, diante da vulnerabilidade do consumidor, principalmente no âmbito do comércio eletrônico, o fornecedor tem o dever de informar de forma ampla e clara todo o conteúdo contratual, desde a fase pré-contratual. Esse dever de transparência precisa ser cumprido inclusive na veiculação de publicidade, não levando o consumidor ao engano.

Por fim, o princípio da confiança talvez seja o mais abordado por autores quando se refere às relações de consumo na *internet*. Cláudia Lima Marques considera que, em virtude da despersonalização dos contratos celebrados no meio eletrônico, desencadeou-se uma crise nas contratações (2004, p. 65).

A autora acredita que o consumidor precisa confiar nesse novo mercado. Entretanto, ele se sente inseguro em fornecer dados pessoais nesse ambiente ou de não receber o produto ou não ser realizado o serviço após o pagamento ser efetuado (MARQUES, 2004, p. 32).

Para Analice Castor de Mattos, a confiança está no centro das relações de consumo no comércio eletrônico. A aparência se desmaterializou, restando apenas os deveres do fornecedor de transparência, informação e boa-fé. Mattos conclui que a reumanização dessas modalidades de contrato retornam com a confiança do consumidor frente ao ciberfornecedor (2009, p. 36).

Assim, o fornecedor deve buscar a confiança dos ciberconsumidores através da observância aos princípios supracitados, colaborando com o equilíbrio contratual e respeitando os direitos do consumidor. Dessa forma, o ciberfornecedor conquistará a confiança dos consumidores e, conseqüentemente, celebrará mais contratos, que, obviamente, é o seu objetivo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIBERFORNECEDOR

A difusão da *internet*, a par dos benefícios incontáveis, franqueou o surgimento de danos aparentemente inéditos, situação que instigou os operadores do direito a refletirem sobre as fronteiras da imputação de responsabilidades nesse meio.

Nessa forma de atuação ilícita, foram descobertas algumas peculiaridades, como o elevado grau de potencialidade danosa, pela agilidade e facilidade da prática do ato, bem como a dificuldade na identificação do culpado (SILVA JÚNIOR, 2001, p. 383).

Dentre os direitos afetados, destacam-se a privacidade, o direito de autor, a intimidade, a honra, a propriedade industrial e o patrimônio. As principais situações danosas derivam da invasão de privacidade, através do monitoramento de salas de bate-papo, envio de *spams*, invasão de *e-mail*, ou venda de dados pessoais do usuário; da violação da propriedade intelectual, pelo desrespeito aos direitos de autor; perturbação da intimidade e da honra, pela publicação de imagens ou conteúdos adulterados; da infração a propriedade industrial, por meio da utilização desautorizada de marcas ou nomes de domínios; e da ofensa ao patrimônio, através de clonagem de cartões de crédito, fornecimento de bens e serviços defeituosos e disseminação de vírus (LEITÃO, 2001, p. 173).

Neste momento, tratar-se-á da responsabilidade civil dos ciberfornecedores de bens e serviços frente aos consumidores efetivos e a terceiros, que possam ser equiparados a consumidores, e a responsabilidade civil dos ciberfornecedores pela disponibilização de instrumentos técnicos a seus consumidores, os quais, mediante o uso dessa tecnologia, causem danos a terceiros. Logo, versa-se tanto de casos de responsabilidade derivada de infração contratual, como de violação dos direitos subjetivos de outrem, quer seja o consumidor, quer seja um terceiro equiparado.

3.1 Diretrizes gerais para a responsabilidade civil do fornecedor no comércio eletrônico

Antes da vigência Código de Defesa do Consumidor, o regime de responsabilidade civil fundava-se na teoria subjetiva, tendo a culpa que ser provada pela vítima nos casos em que não houvesse a presunção legal. Devido à multiplicação dos acidentes de consumo, resultantes da revolução industrial, aliada à dificuldade de produção de provas contra o ofensor, os prejuízos eram dificilmente compensados de modo que os riscos provenientes da atividade do fornecedor ficavam por conta do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 30).

O CDC surgiu para amenizar essas desigualdades e reordenar o mecanismo da reparação de danos. Em primeiro lugar, transferiu os riscos do consumo para o polo mais forte, substituindo a teoria do consumo, pela teoria do risco do fornecimento, do empreendimento ou teoria do risco empresarial (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 32).

Em segundo, o Código admitiu como regra geral a responsabilidade independente de culpa, de forma a exigir do consumidor apenas a prova do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo. Em seguida, possibilitou a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, em caso de hipossuficiência da vítima e verossimilhança das alegações. Por fim, afastou a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual, adotada pelo Código Civil, justificando que o fundamento da responsabilidade do fornecedor é a violação do dever de segurança, é o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que tanto uma relação contratual como uma extracontratual podem dar causa a um acidente de consumo (GRINOVER, 2007, p. 154).

3.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço

Como Cavalieri Filho coloca, "Fato do produto ou do serviço é um acontecimento externo decorrente de um vício, de um defeito do produto ou do serviço que venha a causar danos patrimoniais ou morais ao consumidor. São aquilo que se chama de acidentes de consumo" (2003, p. 38).

Essa modalidade de responsabilidade trata dos danos provenientes de um produto ou serviço defeituoso, que atingem a incolumidade física, psíquica ou patrimonial do consumidor. A disciplina do defeito propriamente dito é analisada em sede de responsabilidade por vício do produto ou serviço (GRINOVER, 2007, p. 154).

O Código de Defesa do Consumidor regula o regime da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço em eventual dano causado pelo fornecimento de produtos defeituosos e decorrente de serviços defeituosos executados pelo ciberfornecedor.

Além dessas, estão reguladas as situações de publicidade abusiva (*spam*), dos *cookies*, da violação de dados pessoais e da certificação eletrônica equivocada. Isso porque, independentemente de a vítima ter firmado contrato com o fornecedor, pode ser considerada consumidora nos termos dos arts. 29 e 17 do CDC. O primeiro dispositivo equipara a consumidor todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no capítulo V e uma das práticas que admite a equiparação é a publicidade. Vale dizer que os sujeitos expostos à publicidade, por meio de *spams*, podem ser considerados consumidores, tendo ou não, um vínculo contratual com a empresa remetente. Nas outras situações, o terceiro que ingressou no *site* e teve seus dados coletados ou que acreditou na certificação, firmando negócio prejudicial, é considerado consumidor pois, de acordo com o art. 17, todas as vítimas do evento recebem essa qualidade (BARBIERI, 2013, p. 199-200).

Ressaltam-se alguns exemplos em que o ciberfornecedor pode se responsabilizar pelo fato do produto ou do serviço: venda de programa que, por mau funcionamento, causa danos ao equipamento pessoal do consumidor; o fornecedor que não garante acesso contínuo à *internet*, impedindo a concretização de um negócio pelo ciberconsumidor, causando-lhe danos; o ciberfornecedor que encripta erroneamente os dados da mensagem e causa danos por permitir o conhecimento do conteúdo particular; o fornecedor que envia *spam* ao consumidor e causa-lhe danos pelo tempo gasto e pelo custo de acesso para acessar e deletar as mensagens publicitárias; o fornecimento de serviço de certificação que, ao certificar erroneamente uma assinatura causa danos ao consumidor que realiza negócio com o falso titular da assinatura eletrônica; o fornecedor que no momento da transferência do *software* envia um vírus ou permite a invasão do computador do consumidor, causando-lhe danos; entre outras situações. (BARBIERI, 2013, p. 201).

A matéria encontra-se regulada nos artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe os arts. 12 e 14, respectivamente, que:

Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à

prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Para a configuração da responsabilidade do ciberfornecedor pelo fato do produto ou serviço, exige-se como pressupostos: o defeito do produto ou serviço fornecido *on-line*, o dano pessoal ou material superveniente e a relação de causalidade entre ambos. O único elemento que se desconsidera é a culpa do fornecedor, que passa a ser irrelevante para a constituição do direito de ressarcimento, uma vez que no domínio das relações de consumo, com exceção dos serviços prestados por profissionais liberais, há a adoção plena da responsabilidade objetiva. Cabe ao consumidor fazer prova da existência desses requisitos, embora haja prerrogativa legal da inversão do ônus da prova, em caso de hipossuficiência da vítima ou verossimilhança das alegações, conforme o art. 6º, VIII, CDC (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 45).

O Código foi específico ao fornecer critérios para a configuração de um produto ou serviço defeituoso, sujeito a causar danos ao consumidor. De acordo com art. 12, § 1º:

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Verifica-se no § 2º do mesmo artigo que "O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado".

Outrossim, nos termos do art. 14, § 1º, o serviço é defeituoso quando:

[...] não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

Além disso, determina o § 2º do art. 14 que "O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas". Independentemente da espécie, o defeito que suscita o dano não é o defeito estético, mas o defeito substancial, relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, tendo por base os parâmetros fornecidos pelo legislador (SANTANA, 1997, p. 37).

A primeira das circunstâncias constantes do art. 12, § 1º, trata da apresentação do produto. Isso representa a ideia de que o defeito não deriva somente do produto em si, do seu conteúdo ou natureza, mas da forma como é levado ao público consumidor. Inclui todo o

processo informativo que cerca o bem com vistas à sua comercialização, abrangendo as instruções constantes dos rótulos, bulas, embalagens e publicidade (NORRIS, 1996, p. 49).

O segundo critério refere-se ao uso e riscos que razoavelmente se esperam do produto. O código não se ateve apenas à utilização específica do produto, mas, a todas aquelas formas de uso razoavelmente previsíveis. Isso quer dizer que o fornecedor, ao conceber, fabricar e comercializar um produto, deve ter em conta não só a utilização do bem em condições normais, mas também outras formas de uso eventualmente possíveis ao consumidor (NORRIS, 1996, p. 50).

O último elemento instituído pelo legislador trata da época em que o produto foi colocado em circulação. Para se determinar se o produto é ou não defeituoso, é mister atentar para a data da sua colocação no mercado e não para o momento da ocorrência do dano. A questão é saber se o produto satisfaz as legítimas expectativas de segurança do público, no exato momento do seu lançamento no comércio. Resta consignar que o § 2º, ao contrário de elencar os parâmetros para averiguação de produto defeituoso, inclui expressamente uma situação em que o bem não será assim considerado. O produto não é considerado defeituoso pelo simples fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado (GRINOVER, 2007, p. 167). Reafirma-se que esse dispositivo é importante no fornecimento de programas de computador, devido à dinâmica de atualização desses equipamentos.

Os sujeitos da relação de consumo foram abordados na primeira parte do trabalho, todavia existem três considerações especiais sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

A primeira delas refere-se à figura do consumidor. O art. 17 do CDC amplia a definição de consumidor para abranger os terceiros que sejam vítimas do evento danoso, decorrente de defeito do produto ou do serviço, ainda que não tenham participado da relação de consumo. Trata-se de uma ficção jurídica, em que se equiparam a consumidores os terceiros alheios ao negócio, garantindo-lhes as mesmas prerrogativas legais. O alargamento do conceito justifica-se pela gravidade dos acidentes de consumo, que acarretam riscos para a segurança, integridade física, psíquica e patrimonial dos consumidores e dos terceiros. Nessa hipótese, o terceiro que acredite em uma certificação eletrônica realizada pelo ciberfornecedor e tiver danos patrimoniais por fechar negócio com pessoa equivocada, apesar de não ser consumidor efetivo, é considerado vítima do evento e, portanto, consumidor equiparado, de forma a fazer uso das normas protetivas no Código (BARBIERI, 2013, p. 205).

O segundo ponto a ser destacado guarda relação com o fornecedor. O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor lista como responsáveis pela reparação dos danos, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. A responsabilidade entre os partícipes do ciclo produtivo é solidária, uma vez que o dispositivo dá tratamento igualitário a ambos. A despeito disso, através de uma leitura mais atenta, pode-se vislumbrar que o artigo citado deixou de mencionar a figura do comerciante (GRINOVER, 2007, 176).

Assim o fez, para definir expressamente no art. 13 as únicas hipóteses em que o comerciante poderá ser responsabilizado de maneira solidária. A referida norma dispõe que:

O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Em vista disso, nota-se que a responsabilidade do comerciante, nos acidentes de consumo, é meramente subsidiária, uma vez que os obrigados principais são aqueles elencados no art. 12. Conclui-se que o comerciante só responderá pelos danos, se restar configurada alguma das três hipóteses previstas no artigo, caso contrário o consumidor poderá pleitear o ressarcimento dos indivíduos listados no *caput* do art. 12 (CAVALIERI FILHO, 2003, 148).

Nesse contexto, uma loja virtual, caso seja a própria fabricante, construtora, produtora ou importadora do bem, responde solidariamente com os demais fornecedores pelo dano. No entanto, se for mera comerciante, somente será responsabilizada quando não identificar o fabricante, o construtor, o produtor ou importador do produto; quando fornecer produto sem identificação; ou não acondicionar adequadamente os produtos perecíveis.

Independentemente de qual seja o sujeito efetivamente responsável, fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante, aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais, segundo sua participação na causação do evento danoso, conforme o art. 13, parágrafo único (GRINOVER, 2007, p. 174).

Ainda com relação à solidariedade dos fornecedores, é adequado comentar a situação dos provedores de serviço *on-line*. Ou seja, analisar em que medida podem ser responsáveis solidários por eventuais danos causados ao consumidor, por atos de terceiros que utilizam seus serviços.

Há que saber se o provedor de conteúdo, de transporte e espaço, de navegação, gestores de boletins eletrônicos e fornecedores de ligação hipertexto e prestadores de serviço de certificação eletrônica podem ser responsabilizados por danos causados por outros fornecedores, como se solidários fossem, de acordo com as regras do CDC.

Das opções sugeridas, apenas o provedor de conteúdo que procede à venda de produtos, serviços ou fornece informações ao consumidor pode ser enquadrado como fornecedor pelo Código. Isso, porque os demais prestadores que contribuem com o espaço, transporte, *hyperlinks* ou certificação eletrônica não são efetivamente partícipes do ciclo produtivo, não são um dos elos efetivos da cadeia que leva o objeto ao consumidor (BARBIERI, 2013, p. 206).

De fato, permitem o acesso, o contato, a segurança e até mesmo o negócio final, mas atuam fornecendo apenas os instrumentos técnicos que possibilitam o encontro de vontades em rede. Por essa razão, são considerados prestadores intermediários de serviço e só respondem por seus atos próprios (MARTINS, 2008, p. 136-139).

Assim, os provedores de transporte e espaço não podem ser considerados responsáveis solidários com o ofertante, os fornecedores de navegação, de boletins ou de ligações hipertexto não podem ser considerados solidários com os sujeitos que disponibilizam as informações, e os prestadores de certificação eletrônica não podem ser solidários com os sujeitos que utilizam as suas chaves para negociar *on-line*. A cada uma das espécies de ciberfornecedores cabe responder tão só pelos defeitos decorrentes da sua atividade específica (MARTINS, 2008, p. 310).

Não existe dispositivo legal que trate expressamente desse tema, nem o projeto de lei que propõe a alteração do Código de Defesa do Consumidor, em matéria de comércio eletrônico, versa sobre o assunto. No entanto, esse é o entendimento majoritário da doutrina.

Em relação à responsabilidade do fornecedor profissional liberal, o art. 14, § 4º do CDC estabelece que: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Trata-se de uma exceção à regra geral da responsabilidade civil nas relações de consumo. Nessa categoria profissional, a responsabilidade objetiva foi afastada, de modo a manter vigente a teoria da culpa (PRUX, 1998, p. 329).

Sendo assim, a responsabilidade dos médicos, dentistas, advogados, engenheiros e arquitetos que prestarem serviços *on-line* há que ser analisada sob a regra tradicional da responsabilidade subjetiva prevista no Código Civil.

Diante da matéria versada, sobre os sujeitos envolvidos em caso de responsabilidade civil decorrente de fato do produto ou serviço, conclui-se que: os terceiros, vítimas do evento, são considerados ciberconsumidores, ainda que não tenham participado da relação de consumo, por expressa equiparação legal; a loja virtual, se comerciante, possui responsabilidade subsidiária em caso de acidentes de consumo, uma vez que os responsáveis principais são o fabricante, o produtor, o construtor e o importador; quando o ciberfornecedor for profissional liberal, afasta-se a responsabilidade objetiva, para se aplicar a teoria da culpa.

O Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 12, § 3º, incisos I, II e III e 14, § 3º, incisos I e II, elencou algumas causas excludentes de responsabilidade, as quais são assim consideradas pela inexistência do liame de causalidade entre a atitude do fornecedor e o dano causado ao consumidor (LORENZETTI, 2004, p. 302).

Preceituam os dispositivos citados, respectivamente, que:

Art. 12, § 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14, § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O primeiro inciso do art. 12, referente ao fato do produto, exime o fornecedor da responsabilidade, quando comprovar que não colocou o bem em circulação. Entende-se por colocar o produto em circulação sempre que o produtor, acreditando que a mercadoria se encontra em perfeitas condições, insere-a, de forma consciente, no circuito de distribuição, independentemente se a título gratuito, experimental ou de teste. Essa excludente foi prevista para evitar que se responsabilize o fornecedor nos casos de o produto ter sido roubado ou falsificado e tenha sido inserido no mercado por terceiros, alheios ao ciclo produtivo (NORRIS, 1996, p. 89).

A segunda hipótese de isenção de responsabilidade, elencada no inciso II do art. 12 e do inciso I do art. 14, refere-se à inexistência de defeito do produto ou serviço. Inocorrendo defeito de concepção, produção ou informação no produto ou vício na prestação do serviço, não há vínculo causal entre o dano e a conduta do fabricante, de forma que a responsabilidade não lhe pode ser imputada (GRINOVER, 2007, p. 90).

Por fim, o caso mencionado no inciso III do art. 12 e inciso II do art. 14, trata da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A dúvida que pode surgir nesses dispositivos,

refere-se à admissibilidade ou não da culpa concorrente como forma de mitigar a responsabilidade do fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 373). Apesar da divergência doutrinária, a interpretação que se faz dos dispositivos leva a crer que a culpa concorrente do consumidor ou terceiro pode ser tida como eximente de responsabilidade (ROCHA, 1992, p. 106).

Essa excludente pode ser utilizada na hipótese de dano causado pelo fornecedor de acesso, que não consegue manter a ligação do ciberconsumidor por culpa exclusiva do *network operator* (terceiro que fornece aparatos necessários para o funcionamento de uma rede de telecomunicações) (DE LUCCA, 2003a, p. 276).

Analizados os vícios dos produtos ou dos serviços, capazes de causar danos ao consumidor e, conseqüentemente, ensejar a responsabilidade civil do fornecedor, além das causas excludentes dessa obrigação, há que analisar a possibilidade de se limitar ou excluir a responsabilidade civil por meio de cláusulas contratuais.

O Código de Defesa do Consumidor proibiu expressamente a fixação de cláusulas com esse teor, através do art. 25, que dispõe que "É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores".

A despeito da proibição, o legislador previu, no inciso I do art. 51, uma exceção para os casos em que o consumidor seja pessoa jurídica. Dispõe o dispositivo que "Nas relações de consumo entre fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis". O que merece destaque é que a norma autoriza a estipulação de cláusula que limite a responsabilidade do fornecedor, perante um consumidor pessoa jurídica, mas mantém proibida a cláusula de exoneração da responsabilidade (MARQUES, 2014, p. 983).

3.1.2 Responsabilidade por vício do produto e serviço

Sérgio Cavalieri Filho define vício do produto ou serviço como:

Vício do produto ou do serviço são defeitos intrínsecos da coisa (produto ou serviço), isto é defeitos *in re ipso* que não chegam a causar nenhum acidente externo, que não chegam a causar ao consumidor nenhum prejuízo patrimonial ou moral além do prejuízo do defeito em si (2003, p. 377).

Isto é, tratam-se das imperfeições do produto ou serviço que os tornem inadequados ou impróprios ao uso ou que lhes diminuam o valor sem que a segurança do consumidor fique comprometida (CASTRO, 1997, p. 84).

Esse regime de responsabilidade é importante para a averiguação de eventual responsabilidade de lojas virtuais pelo fornecimento de produtos ou serviços defeituosos e de outros ciberfornecedores que prestam serviços com vícios pela *internet*.

São hipóteses possíveis de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço no comércio eletrônico: o fornecedor de transporte que não realiza o serviço satisfatoriamente; a empresa que vende produtos na *internet* com vícios; o prestador de certificação que deixa de publicar a chave pública ao ciberconsumidor; o fornecedor que encripta a mensagem defeituosamente; o *web designer* que cria a página de forma incorreta; o provedor de acesso que não garante o acesso contínuo; entre outros.

A matéria da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço se encontra nos arts. 18 a 15 do Código de Defesa do Consumidor. Dispõe os arts. 18 e 20, respectivamente:

Art. 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 20 - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária [...].

Por meio desses dispositivos, elege-se como bem jurídico a ser protegido a incolumidade patrimonial do consumidor (CASTRO, 1997, p. 87).

Para que se configure a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço no âmbito do comércio eletrônico, exige-se como pressupostos essenciais: o vício de qualidade ou quantidade do produto virtual ou do serviço prestado *on-line*, o prejuízo patrimonial do ciberconsumidor e o nexo de causalidade entre ambos. Desconsidera-se a culpa do ciberfornecedor, que passa a ser irrelevante para a constituição do direito de ressarcimento (GRINOVER, 2007, p. 511).

Os vícios do produto, capazes de ensejar a responsabilidade do fornecedor, classificam-se em vícios de qualidade e vícios de quantidade, ao passo que os defeitos do serviço configuram tão só vícios de qualidade (LOBO, 1996, p. 53-66).

Os vícios de qualidade relacionam-se com a falta de adequação do produto ou serviço, no tocante ao fim a que se destinam. Dentre os vícios de qualidade, tem-se: defeito no sistema de freio de veículo, defeito no som ou imagem de televisão, CD vendido com riscos, *software* que não se instala, entre outros.

Como subespécie de vício de qualidade, pode-se considerar a desconformidade com as qualidades anunciadas ou de informação sobre o produto ou serviço, também prevista no art. 18, *caput*, e 20, *caput*, que se revela relevante para a venda de produtos ou serviços em rede, uma vez que o ciberconsumidor apenas tem contato com as informações constantes no *site* da loja virtual e firma o contrato com base na expectativa criada pelo ciberfornecedor (BARBIERI, 2013, p. 228).

Os vícios de quantidade por sua vez representam a falta de correspondência no que se refere a pesos e medidas. Enquadram-se nessa modalidade, por exemplo: a aquisição de um *software* com um número determinado de *bytes* e o recebimento de um programa de tamanho menor; a aquisição de uma memória rígida de 100 *gigabytes* e o recebimento de uma peça de 50 *gigabytes*; e a compra de um álbum de 10 músicas em formato digital e o recebimento de apenas cinco músicas.

Independentemente da espécie de vício, se de qualidade ou quantidade, para que possa ser considerado potencialmente danoso, deve ser hábil a tornar o produto impróprio para o uso ou que lhe diminua o valor. O § 6º do art. 18 e o § 2º do art. 20, respectivamente, definem o que são produtos e serviços impróprios para o uso ao disporem:

Art. 18, § 6º - São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 20, § 2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

É mister que sejam abordadas duas questões referentes aos sujeitos envolvidos nos casos de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço.

O primeiro deles refere-se à figura do consumidor. Ao contrário das hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, quando se tratar de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, a definição de consumidor não inclui os terceiros vítimas no evento (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 376).

O segundo aspecto guarda relação com o fornecedor. Diferentemente da responsabilidade por fato do produto ou serviço, os arts. 18 e 20 alocaram no polo passivo da obrigação todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis. Destarte, nas hipóteses de vício do produto ou serviço, o comerciante não possui apenas responsabilidade subsidiária, mas responde também de forma idêntica aos demais envolvidos (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 377).

Ou seja, lojas virtuais, sejam produtoras, fabricantes ou meras comerciantes, respondem solidariamente por qualquer espécie de vício do produto ou do serviço prestado.

Outra peculiaridade refere-se ao fato de o código ter previsto duas situações em que a responsabilidade do comerciante é exclusiva. Definem os arts. 18, § 5º e 19, § 2º, respectivamente: "No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor" e "O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais".

Dessa forma, nas hipóteses de fornecimento de produto *in natura*, assim entendido aquele produto agrícola ou pastoril, colocado no mercado de consumo sem sofrer qualquer processo de industrialização, a responsabilidade será exclusiva do fornecedor imediato. Da mesma forma o será, nos casos em que o comerciante mantiver seus instrumentos de medição fora dos padrões oficiais. Se quem deu causa à má conservação dos produtos *in natura* ou ao vício de quantidade na aferição do peso ou medida do produto foi o fornecedor imediato, o produtor rural ou mesmo o industrial não podem ser responsabilizados por isso (GRINOVER, 2007, p. 261).

Em relação às alternativas legais do consumidor, demonstrada a existência do vício do produto ou serviço, o fornecedor tem 30 dias para sanar o defeito. Caso não o faça, abrem-se três alternativas para o consumidor, a quem cabe a livre opção por uma delas (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 394).

Os arts. 18, § 1º e 20, *caput*, disciplinam o assunto ao disporem, respectivamente, que:

Art. 18, § 1º - Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.
Art. 20 - O fornecedor de serviços responde pelos vícios [...], podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo

adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

O inciso I do § 1º do art. 18 e o inciso I do art. 20 tratam da substituição do produto por outro, da mesma espécie, em perfeitas condições de uso e da reexecução dos serviços, sem custo adicional. Ressalva há que ser feita, nos casos de troca do produto, para esclarecer que o fornecedor possui 30 dias para sanar o vício antes de acatar a opção do consumidor. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto, considerar-se-á implícita a obrigação, do fornecedor, de empregar componentes de reposição originais, adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 398).

Já o inciso II do § 1º do art. 18 e o inciso II do art. 20 tratam da restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Por fim, o inciso III do § 1º do art. 18 e o inciso III do art. 20 garantem o abatimento do preço, proporcionalmente ao grau do vício constatado no produto ou serviço.

A extinção do direito do consumidor de reclamar por vícios aparentes ou ocultos que tornam os bens ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo está regulado no art. 26 do CDC. O artigo fixa os prazos de 30 ou 90 dias para a vítima reclamar conforme o fornecimento seja de produtos e serviços não duráveis ou duráveis, respectivamente (GRINOVER, 2007, p. 205).

Na hipótese de se tratar de vício oculto, o termo inicial da contagem do prazo é a data em que o lesado tiver ciência do defeito. Entretanto, se o defeito for aparente, inicia-se o lapso temporal no momento da efetiva entrega do produto ou término da prestação do serviço. Tais prazos são decadenciais, uma vez que está em causa a extinção de direitos subjetivos em via de constituição (GRINOVER, 2007, p. 206).

As possibilidades de exoneração da responsabilidade pelo fornecimento de produtos e serviços viciados, a despeito de não constarem expressamente na seção, são as mesmas previstas para a exoneração da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Trata-se da não colocação do produto no mercado, da inexistência do defeito e da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (LOBO, 1996, p. 118-121).

Por fim, em relação às cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade do fornecedor, o art. 25 do CDC veda cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação

de indenizar do fornecedor. Além disso, a caracterização de cláusula como abusiva tem como consequência a declaração da sua nulidade, conforme o art. 51 (DE LUCCA, 2003a, p. 65).

3.2 Marco Civil da *Internet* e a responsabilidade civil do provedor de aplicações de *internet*

Assim como já assinalado, o advento da *internet* criou um novo mundo onde quaisquer cidadãos podem interagir uns com os outros em inúmeras formas diferentes. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro não estava preparado para abarcar todas essas novas interações da maneira adequada.

Nesse passo, o legislador percebeu que os usuários da rede se encontravam em situação de desamparo em frente às ilicitudes cometidas no meio digital. Dessa forma, foi elaborado o Marco Civil da *Internet* (MCI), Lei n. 12.965/2014, com o intuito de conceder aos internautas uma maior proteção a seus direitos básicos.

Essa lei tratou de assuntos como privacidade, liberdade de expressão, retirada de informações ofensivas à honra e a imagem disponíveis *on-line*, a responsabilização civil dos provedores de aplicações de *internet*, entre outros (ARTESE, 2014, p. 22).

Cumprе ressaltar os principais dispositivos do Marco Civil da *Internet*, para, posteriormente, explanar as suas implicações para os ciberconsumidores. Inicialmente, em seu art. 2º, é estabelecido que a regulamentação do uso da *internet* tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, aos direitos humanos, ao exercício da cidadania em meios digitais, à defesa do consumidor, entre outros.

Na sequência, os arts. 7º e 8º dispõem que fica assegurado ao usuário da rede uma série de direitos, protegendo-o, principalmente, de violações a sua intimidade, privacidade, honra e imagem, além de assegurar-lhe qualidade da conexão à *internet* contratada. É importante ressaltar o inciso XIII do art. 7º, que prevê a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas *on-line*, não afastando, assim, o uso do Código de Defesa do Consumidor para as contratações eletrônicas.

Posteriormente, nos artigos 18 a 21, a lei versa sobre a responsabilidade civil do provedor de aplicações de *internet* por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Dispõe o art. 19 que:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não

tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Esse artigo trata da responsabilidade civil do provedor de aplicações de *internet*. No entanto, surge a dúvida em relação ao significado desse termo, assim, cabe esclarecê-lo. De acordo com o art. 15 do MCI, o provedor de aplicações de *internet* é aquele constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos. Outrossim, o inciso VII do art. 5º da mesma lei define aplicações de *internet* como o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à rede.

Levando em consideração o que diz o art. 15, entende-se que somente as pessoas jurídicas, organizadas, profissionais e com fins econômicos seriam os provedores de aplicações de *internet*. Contudo, o § 1º do art. 15 traz uma exceção ao conceito anterior, caracterizando como provedores de aplicações de *internet* sujeitos que não se encontram no *caput*.

Assim, conclui-se que provedor de aplicações de *internet* significa qualquer pessoa jurídica ou física que, profissional ou amadoramente, forneça um conjunto de funcionalidades que estão disponíveis *on-line*, independentemente de objetivos econômicos. Dessa forma, enquadram-se nesse conceito o fornecedor de conteúdo e o fornecedor de espaço (TEIXEIRA, 2015, p. 67).

Percebe-se que esse conceito de provedor de aplicações se coaduna com a definição de fornecedor trazida pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. O provedor de aplicações presta uma atividade econômica ou gratuita, possui uma clientela e um destinatário final (ARTESE, 2014, p. 35). Além disso, como já dito anteriormente, o inciso XIII, art. 7º, MCI, prevê a aplicação da legislação consumerista nas relações de consumo na

rede, portanto, o provedor de aplicações de *internet* é espécie do gênero fornecedor previsto no CDC (ARTESE, 2014, p. 36). Também não há dúvida de que os usuários dessas aplicações são consumidores, de acordo com o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, visto que utilizam do serviço disponibilizado como destinatários finais.

Agora, voltando-se à responsabilidade dos provedores de aplicações, eles só serão responsabilizados por conteúdo gerado por terceiro caso desobedeçam a uma ordem judicial específica, que determinaria tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, de acordo com o art. 19, MCI. Esse é o caso específico que trata o Marco Civil da *Internet* em matéria de responsabilização civil dos provedores de aplicação.

Ou seja, o ciberconsumidor, usuário da aplicação disponibilizada pelo ciberfornecedor, somente poderá buscar indenização caso o provedor de aplicações permaneça inerte diante de ordem judicial que pede a indisponibilização de conteúdo ilícito. Isto é, essa responsabilização somente se configurará se o consumidor buscar solução judicial do caso.

Cabe dispor o entendimento do STJ sobre esse assunto antes do Marco Civil da *Internet* entrar em vigor:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. ORKUT. BUSCA MENSAGEM OFENSIVA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no ORKUT.

2. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.

3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários.

4. Na hipótese, o Tribunal local não delineia fato algum acerca de possível notificação extrajudicial ou judicial comunicando o ilícito ao provedor e de conduta omissiva deste a ensejar a configuração de sua responsabilidade subjetiva. Pelo contrário, entendendo ser do provedor o dever de fiscalização prévia dos conteúdos postados, houve por bem o acórdão recorrido solucionar a controvérsia, com base na responsabilidade objetiva e sem atentar para a natureza do provedor demandado.

5. Diante do panorama fático-jurídico delineado pela instância ordinária, a conclusão pela reforma do v. acórdão recorrido, afastando-se a condenação por danos morais, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1395803/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 26/05/2014) (grifo nosso).

Como se percebe, antes do Marco Civil da *Internet*, o STJ entendia que o ciberfornecedor restar-se-á responsabilizado quando, após ser notificado da existência de conteúdo ofensivo, não age de forma diligente para sanar a situação ou caso não identifique o ofensor, salvo se, tecnicamente, não seja possível apontá-lo.

Tanto antes, quanto depois da vigência do MCI, a modalidade de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de *internet* nos casos de danos gerados por terceiros é subjetiva. Ou seja, é necessária a identificação do elemento culpa, que se caracteriza pela inércia frente à ciência da existência de conteúdo ilícito.

Esse último ponto, o conhecimento por parte do ciberfornecedor de material ofensivo colocado por terceiro em *sites* ou em redes sociais, merece destaque. Antes da Lei 12.965/2014, bastava a simples notificação enviada pelo consumidor, informando que havia conteúdo que lhe era ofensivo. E, no caso da falta de diligência, o ciberconsumidor poderia buscar indenização do provedor de aplicações.

Agora, com o MCI em vigor, a única maneira de o consumidor pleitear essa indenização é no caso do fornecedor se manter inerte diante de decisão judicial específica. Isto é, o Marco Civil da *Internet* impôs a judicialização compulsória nessa situação, que, além de onerar o usuário ofendido, não responsabiliza civilmente o provedor de aplicações até a sua desobediência à ordem judicial (TEIXEIRA, 2015, p. 79). Assim, o caso precisa ser levado obrigatoriamente à justiça para que fique caracterizado o ato ilícito e a culpa do ciberfornecedor.

Ressalta-se uma exceção a essa regra, o art. 21, MCI, dispõe que o provedor de aplicações será responsabilizado civilmente quando disponibilizar imagens ou vídeos que contenham cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização de seus participantes, gerado por terceiros e deixe de promover a indisponibilização desse conteúdo após o recebimento de notificação pelo participante. Dessa forma, o ciberfornecedor resta responsabilizado com sua inércia e a simples notificação do consumidor lesado.

Fora essa situação, o ciberconsumidor se vê compelido a um procedimento mais moroso e oneroso. Essa é a crítica que se faz ao Marco Civil da *Internet*, que regrediu no

sentido de direcionar o conflito de interesses ao Judiciário (TEIXEIRA, 2015, p. 81). Dessa maneira, o MCI judicializa questões que anteriormente eram resolvidas de forma mais ágil e facilitada, qual seja a modalidade extrajudicial (ARTESE, 2014, p. 140).

Para demonstrar o retrocesso que a Lei 12.965/2014 trouxe, vejamos este caso hipotético: um usuário se vê lesado em decorrência de um texto postado por outro usuário em uma rede social. Primeiramente, o consumidor ofendido buscará a forma mais rápida e fácil para solucionar seu problema, qual seja a notificação do fato ao provedor de aplicações junto do pedido, extrajudicial, de remoção do referido texto. Amparado pelo MCI, o ciberfornecedor pode se manter inerte em relação à exigência do usuário lesado, visto que não será responsabilizado até que este pleiteie, judicialmente, a remoção do conteúdo ofensivo. Somente após a judicialização do conflito de interesses que o provedor de aplicações encontrar-se-á em situação de ou prestar as devidas diligências, ou ser responsabilizado civilmente e, conseqüentemente, ser condenado a pagamento de indenização por danos morais.

Nesse sentido, Gustavo Artese entende que o Marco Civil da *Internet* é benéfico para os provedores de aplicações, que direcionam os conflitos necessariamente ao Judiciário, transformando-se em meros cumpridores de ordens judiciais (2014, p. 174). Dessa forma, percebe-se que o MCI, nessa questão, não beneficia de maneira alguma os consumidores.

Em se tratando de Lei recente, o STJ ainda não julgou muitos casos concernindo a matéria aqui abordada. No entanto, cabe dispor um julgado do Superior Tribunal de Justiça de 17 de março de 2016:

AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NO REGIMENTO INTERNO DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. FUNGIBILIDADE ENTRE AGRAVO REGIMENTAL E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE PÁGINA WEB. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014). APLICAÇÃO.

1. Nos termos do art. 253 do RISTJ, permite-se ao relator conhecer do agravo para negar-lhe provimento se correta a decisão que inadmitiu o recurso especial, podendo manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.
2. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula n. 182 do STJ).
3. Inexiste omissão quando a decisão agravada dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
4. Não há falar em eventual fungibilidade entre o agravo regimental e os embargos de declaração quando, no caso concreto, a alegação de omissão pode ser analisada em agravo regimental, sem prejuízo para a parte agravante.

5. A nova disciplina da Lei n. 12.965/2014 estatuiu que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet pela postagem por terceiros de conteúdos violadores de direitos reclama prévia ordem judicial específica.

6. Com relação a fatos pretéritos à edição da Lei n. 12.965/2014, comprovado nos autos que houve prévia comunicação aos provedores de internet, ainda que não por meio de ordem judicial específica, acerca de conteúdo violador de direito postado por terceiro e, desidiosamente, nada foi feito, são eles responsáveis civilmente pelos danos daí advindos.

7. Agravos regimentais parcialmente conhecidos e desprovidos.

(AgRg no AREsp 712.456/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 28/03/2016) (grifo nosso).

Verifica-se que o STJ aplicará o art. 21 do MCI, visto que expressaram a nova disciplina, que exige prévia ordem judicial específica. Cumpre ressaltar que, em relação a fatos ocorridos antes da vigência do Marco Civil da *Internet*, a responsabilização civil se configura com a inércia do provedor de aplicações diante da simples notificação do conteúdo ofensivo postado por terceiro.

3.3 Proposta de atualização do CDC em relação ao comércio eletrônico

Já foi mencionada, em alguns momentos, a proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor no sentido de regulamentar o comércio eletrônico, mediante a inclusão de diversos dispositivos que expressamente tratam do assunto. Agora, cabe discorrer um pouco mais detalhadamente sobre essa proposta, apontando quais são suas alterações e inclusões principais.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que visam a atualização do CDC, ambos propostos pelo Senador José Sarney no ano de 2012. Um deles é o Projeto de Lei do Senado n. 283/2012, que busca o aperfeiçoamento da disciplina do crédito ao consumidor e a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento.

O outro é o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que inclui uma série de novos dispositivos ao Código de Defesa do Consumidor, dando-se, inicialmente, ênfase na interpretação mais favorável de normas e negócios jurídicos ao consumidor. No entanto, o destaque desse projeto é a disposição de normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando fortalecer sua confiança nesse meio de contratação e assegurando-lhe tutela efetiva. Outrossim, esse projeto altera o Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), com o intuito de aperfeiçoar a disciplina dos

contratos internacionais comerciais e de consumo, dispondo sobre obrigações extracontratuais.

Ambas propostas foram aprovadas em 2015 no Senado e, atualmente, encontram-se na Câmara dos Deputados, mais especificamente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para apreciação. A partir de agora, abordar-se-á apenas o Projeto de Lei do Senado n. 281/2012, que tem pertinência com este trabalho.

O legislador, ao propor essa atualização, percebeu a ascensão do comércio eletrônico na sociedade e, levando em consideração a vulnerabilidade exacerbada do consumidor nesse meio, considerou imprescindível a adaptação do Código de Defesa do Consumidor a essas novas relações de consumo. As normas idealizadas no projeto almejam preparar o mercado e os consumidores para, não somente os dias de hoje, mas também para os dias que ainda virão.

Dentre as mudanças trazidas, verifica-se a garantia de informação e participação do ciberconsumidor nos contratos eletrônicos; elenca-se novas práticas abusivas decorrentes das relações de consumo virtuais; consolida-se o direito de arrependimento nesse âmbito; assegura-se os dados pessoais dos consumidores; entre outros.

A principal proposta desse projeto é a inclusão de uma sétima seção ao Capítulo V - Das Práticas Comerciais, do Título I - Dos Direitos do Consumidor, qual seja Seção VII - Do Comércio Eletrônico, o qual dispõe de sete artigos. Preceituam seus dois primeiros artigos, art. 44-A e 44-B, respectivamente, que:

Art. 44-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e à distância, visando fortalecer a sua confiança e assegurar a tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

Art. 44-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, dentre outras, as seguintes informações: I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega; IV – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço; V – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; VI – prazo da validade da oferta, inclusive do preço; VII - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Verifica-se que o art. 44-B é praticamente uma cópia do art. 2º do Decreto 7.962/13 já apontado neste trabalho. De qualquer forma, é um dispositivo essencial para o ciberconsumidor, visto que, além de exigir a disponibilização de informações claras sobre as características do produto ou serviço, também demanda do ciberfornecedor informar seus dados aos consumidores, como endereço físico e CNPJ, atendendo aos princípios da transparência e informação.

O artigo seguinte, art. 44-C, trata das compras coletivas, que vêm se popularizando nos dias de hoje, por apresentarem preços atraentes aos consumidores. O referido artigo exige dos comerciantes que ofertam compras coletivas a disponibilização de informações aos ciberconsumidores, o que já era previsto no art. 3º do Decreto 7.962/13. Contudo, seu parágrafo único é novidade, que responsabiliza solidariamente o fornecedor dessa modalidade de contratação, como intermediador, pela veracidade de sua publicidade e por eventuais danos sofridos pelo consumidor.

Já o art. 44-D, preceitua algumas obrigações do ciberfornecedor, dando-se destaque a duas delas. A primeira está descrita no inciso IV, que prevê a disponibilização de meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros, antes de finalizar a contratação. A outra obrigação imposta ao fornecedor, disposta no inciso V, é a utilização de mecanismos de segurança eficazes para que o consumidor realize o pagamento e para o armazenamento de dados do consumidor. Dispositivos semelhantes se encontram nos incisos II e VII, respectivamente, do art. 4º do Decreto 7.962/13.

O legislador continua a impor obrigações ao ciberfornecedor no art. 44-E, que exige o envio ao consumidor da confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta e de uma via do contrato. Essa exigência já era prevista nos incisos III e IV, do artigo 4º do Decreto 7.962/13. Todavia, o Projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012 vai além, demandando ao fornecedor, no art. 44-E, inciso IV, o envio de formulário ou indicação de *link* para preenchimento do consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento. Bem como, em seu parágrafo único, prevê que, em caso de falta de confirmação da compra ou de envio do referido formulário ou de *link*, o prazo de sete dias do *caput* do art. 49 é ampliado para 14 dias.

Como já abordado neste trabalho, o art. 44-F prevê a proibição do envio de mensagens eletrônicas não solicitadas pelo ciberconsumidor. Essa seria uma grande inovação,

já que há divergência doutrinária acerca das práticas de *spamming*, visto que pacificaria o assunto.

O último artigo dessa seção, o art. 44-G, preceitua que somente pode ser exigida do ciberconsumidor a prestação de informações indispensáveis à conclusão do contrato, tendo quaisquer outras informações caráter facultativo. Portanto, protegem-se dados pessoais do consumidor que não concernem à contratação.

Esse projeto supera a dúvida sobre a contratação eletrônica ser dentro ou fora do estabelecimento do fornecedor com a modificação do *caput* do art. 49 e a inclusão de oito novos parágrafos. O novo *caput* troca o termo "fora do estabelecimento comercial" por "contratação a distância". Outrossim, seu § 2º dispõe a definição dessa modalidade de contratação, qual seja aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar. Além disso, preceitua, no *caput*, que o prazo de sete dias começa a contar da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último. Dessa forma, o legislador exaure diversas divergências ainda existentes em relação ao direito de arrependimento nas contratações eletrônicas.

Por fim, acrescentam-se o inciso XIII ao art. 56 e um quarto parágrafo ao art. 59, que preveem sanções específicas no âmbito do comércio eletrônico, bem como, no art. 72-A, estabelece-se uma sanção aos fornecedores que veicularem dados pessoais dos consumidores sem a expressa autorização de seu titular, o que é uma prática comumente verificada no comércio virtual.

Diante do exposto, enaltece-se esse tipo de iniciativa, que busca acrescentar conteúdo ao Direito do Consumidor. Entende-se ser uma boa ideia a inclusão da matéria de contratação eletrônica no Código de Defesa do Consumidor. Assim, finalmente esse assunto poderá ver uma pacificação na doutrina e na jurisprudência.

Verifica-se que a proposta estudada permite ao ciberconsumidor um acesso maior e mais facilitado à informação, garantido-lhe a opção livre e informada para contratar na *internet*. Além disso, perceber-se-ia um aumento na participação do consumidor nos contratos eletrônicos e uma maior diligência por parte dos ciberfornecedores.

No entanto, se o projeto de lei supracitado for analisado sem muito cuidado, pode-se concluir que seria apenas uma cópia do Decreto 7.962/13. Realmente, muitos dos dispositivos da proposta de atualização já se encontram vigentes no referido decreto, contudo,

este não abrange todos os direitos, garantias e obrigações dispostos no projeto. Entende-se que o Decreto 7.962/13 foi apenas um ensaio do que, posteriormente, viria a ser incluído no CDC. Outrossim, percebe-se que a melhor forma de adequar os contratos eletrônicos de consumo no ordenamento jurídico brasileiro seria por meio de uma lei. A principal função de um decreto é regulamentar a lei. Apenas a lei é que vai criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações.

Dessa forma, verifica-se que o legislador busca adaptar a realidade comercial atual ao Direito do Consumidor, visto que, atualmente, este não está preparado para atender aos consumidores de maneira adequada. Possivelmente novas tecnologias surgirão no futuro e será necessária uma nova adaptação, todavia, percebe-se que o Projeto de Lei do Senado n. 281 de 2012 assimilou os mecanismos dinâmicos utilizados hodiernamente e propõe dispositivos legais um tanto quanto genéricos quando se refere ao comércio eletrônico, de sorte que poderão ser aplicados às gerações futuras.

CONCLUSÃO

O advento da *internet* proporcionou a criação de um mercado abrangente e sem fronteiras. As relações de consumo celebradas nesse meio eletrônico, como qualquer outra, são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, em razão das peculiaridades do mundo virtual, o ciberconsumidor se encontra em uma posição de vulnerabilidade.

Diante da última revolução tecnológica, as sociedades começaram a enfrentar transformações substanciais em toda a sua estrutura social, política, econômica, cultural e jurídica. Constatou-se, no primeiro capítulo, que a *internet* atinge cada vez mais e de maneira mais profunda os indivíduos envolvidos em sua realidade, provocando complexas mudanças nos seus modos de viver e agir.

Ainda na primeira parte, percebeu-se que, diante da deficiência do aparato legislativo vigente, surgiu o movimento consumerista, que lutou pela conscientização da sociedade e pela intervenção política e legislativa do Estado. No Brasil, a proteção do consumidor foi erigida a princípio basilar da ordem econômica e à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Verificou-se que, dois anos depois, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor, que representou um instrumento de transformação jurídica da sociedade brasileira.

Posteriormente, elaborou-se a questão da inclusão do comércio eletrônico na sociedade, possibilitando comodidades e novidades que antes não existiam. Além disso, foram estudados os elementos da relação de consumo virtual. Foi concluído que se considera ciberconsumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços fornecidos na *internet*, como destinatário final. Por outro lado, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que, de forma habitual e reiterada, forneça bens ou preste serviços, mediante remuneração direta ou indireta, através da rede mundial de computadores, pode ser considerada ciberfornecedor, que, como visto, pode ser loja virtual, *sites* que prestam serviços, entidades que produzem conteúdo *on-line*, entre outros. Quanto ao objeto da relação consumerista eletrônica, produto virtual pode ser qualquer bem material ou imaterial, móvel ou imóvel, enquanto os serviços prestados pela *internet* são todos aqueles realizados mediante remuneração, direta ou indireta. Como foi abordado, muitos prestadores de serviço fornecem serviços gratuitos em rede, todavia, independentemente disso, considera-se que recebem benefícios indiretos e, assim, mantém-se a relação de consumo.

No segundo capítulo, abordou-se acerca dos contratos virtuais, os direitos dos ciberconsumidores e os princípios aplicáveis ao âmbito eletrônico. Percebeu-se que os contratos no ambiente eletrônico têm recebido destaque, em razão de apresentarem vantagens tanto para o consumidor quanto para o comerciante. Alguns dos contratos específicos dispostos foram: os *click agreements*, celebrados com o clicar do *mouse*; os *wrap agreements*, contratos cujo conteúdo só pode ser visualizado após a celebração do negócio; os contratos com *clicks* em cadeia, mediante os quais o consumidor vai aceitando as condições e ingressando em novas fases da contratação; além dos meios interativos, como *chats*, videoconferência; bem como por mecanismos mediatos, como o *e-mail*.

Como verificado, tem-se entendido que a publicidade feita por *e-mail*, *sites* ou por *spam*, caso apresentem os elementos essenciais como a descrição sobre as qualidades do bem e serviço e o seu respectivo preço, configura oferta pública e, consequentemente, proposta contratual.

Foi verificado a celebração dos contratos eletrônicos entre presentes e ausentes. A celebração da modalidade entre presentes, mediante comunicações interativas, como *chat* ou videoconferência, ocorre no momento da concordância do oblato. Já entre ausentes, através de *e-mail*, *site*, acontece com a expedição da aceitação pelo ciberconsumidor.

Na sequência, percebeu-se que a matéria referente à qualificação dos contratos eletrônicos apresenta certa dificuldade. Quando se trata do fornecimento de produtos corpóreos, configura contrato de compra e venda, porquanto visam à transmissão da propriedade de uma coisa ou direito, mediante pagamento de um preço. Por outro lado, quando o bem for incorpóreo, existem dúvidas. Foi concluído que, nesse caso, o critério definidor da qualificação do contrato é o conteúdo estabelecido pelas partes.

Verificou-se que os ciberconsumidores continuam sendo consumidores, sendo-lhes garantida a proteção geral dada a essa categoria. Assim, elencaram-se diversos direitos assegurados aos ciberconsumidores, quais sejam: 1) proteção contra cláusulas abusivas, sendo a nulidade a sanção prevista; 2) direito à qualidade de bens e serviços, assegurando-lhes bens e serviços que não apresentem vícios e em conformidade com a descrição fornecida; 3) direito à reparação de danos decorrentes do fornecimento de produtos ou serviços defeituosos; 4) direito a receber informações claras, precisas e suficientes, garantindo a opção livre e consciente do consumidor; 5) direito de arrependimento, dentro do prazo de sete dias, visto que a contratação eletrônica não confere ao ciberconsumidor as condições adequadas para

discernir e livremente optar pelo negócio; e 6) direito a não receber publicidade indesejada, como o *spam*.

Ao final da segunda parte, abordou-se os princípios essenciais à proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. Considerando a velocidade em que a tecnologia avança e a impossibilidade de se produzirem leis capazes de regular essa rápida evolução, concluiu-se que os princípios têm o importante papel de manter a coesão do ordenamento jurídico. Os princípios tratados foram a boa-fé objetiva, informação, transparência e confiança. Percebeu-se que, se o fornecedor buscar a confiança dos ciberconsumidores mediante os princípios supracitados, haverá um maior equilíbrio contratual, que, conseqüentemente, aumentará a confiança dos ciberconsumidores que buscarão celebrar mais contratos.

No terceiro capítulo, estudou-se os casos de responsabilidade civil dos fornecedores sob a égide do CDC, que trouxe a teoria do risco do fornecimento, ao admitir como regra geral a responsabilidade objetiva. Como a maioria dos ciberfornecedores são considerados fornecedores pelo código, eles respondem de acordo com os respectivos dispositivos de responsabilidade pelo fato e vício dos produtos e serviços.

Posteriormente, foi feita uma análise da recente Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*), que concedeu uma maior proteção aos direitos básicos dos internautas. Ressaltou-se que a alteração que merece críticas foi a judicialização dos casos de danos gerados por terceiros. Os provedores de aplicações de *internet* apenas se responsabilizam por sua inércia em retirar conteúdo ofensivo de seus *sites* se o ciberconsumidor ofendido buscar solução judicial, enquanto que, anteriormente a vigência dessa lei, bastava a simples notificação extrajudicial.

Por fim, observou-se a proposta de atualização do CDC no sentido de regulamentar o comércio eletrônico (PLS n. 281/2012), a qual ainda tramita no Congresso Nacional. Foi concluído que a inclusão da matéria no código é uma boa iniciativa, visto que pacificará questões ainda duvidosas na doutrina e na jurisprudência. Outrossim, o projeto aumenta a participação do consumidor nos contratos eletrônicos e confere uma maior diligência por parte dos ciberfornecedores, o que vem ao encontro dos interesses da sociedade, diminuindo a vulnerabilidade do ciberconsumidor.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **Os direitos dos consumidores**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, Giovanni. **A dialética do ciberespaço. Trabalho, tecnologia e política no capitalismo global**. Bauru: Document Arminda, 2002.
- ARTESE, Gustavo. **Marco Civil da Internet: Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação eletrônica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico: estudo comparado à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social**. São Paulo: Cultrix, 1973.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. **Das Práticas comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/INDUSTRIA-E-COMERCIO/150392-BRASIL-PRECISA-DE-LEI-SOBRE-VENDAS-PELA-INTERNET,-DIZ-FORUM.html>> . Acesso em: 30/05/2016.
- CANUT, Letícia. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **A celebração de contratos via internet segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo,; RT, n. 39, 2001.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CASTRO, Luiz Fernando Martins. O Comércio Eletrônico e a aplicação das normas de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Fundação Armando Alvares Penteado, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DE LUCCA, Newton. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003a.
- _____. **Direito do Consumidor. Teoria geral da relação de consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2003b.
- DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.
- DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor. Conceito e Extensão**. São Paulo: RT, 1993.
- EFING, Antonio Pinto Carlos. **O Código de Defesa do Consumidor e os problemas causados pelo bug do ano 2000**. São Paulo, RT, 2000.
- ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FERNANDES, Antonio Joaquim. **Responsabilidade do provedor internet**. Revista de direito do consumidor n. 26, 1998.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Dos direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Curso de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. gandelman
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet**. [s.l.]: Record, 2001.

- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2008.
- GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. **O comércio eletrônico e suas implicações jurídicas**. São Paulo: Edipro, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- LAGO JÚNIOR, Antonio Pinto. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: LTR, 2001.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil na internet**. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, n. 61, 2001.
- LÉVY, Pierre. **A conexão planetária. O mercado, o ciberespaço, a consciência**. São Paulo: Editora 34, 2003.
- _____. **A emergência do cyberspace e as mutações culturais**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2000.
- _____. **A inteligência coletiva. Por uma antropologia do ciberespaço**. São Paulo: Loyola, 1998.
- _____. **Cibercultura**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LIZ, Jorge Pegado. **Proteção do Consumidor**. Revista Portuguesa de Direito do Consumo n. 11, 1997.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo L. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Informática, Cyberlaw, E-Commerce**. São Paulo: Edipro, 2000.
- MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.
- MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. **Internet e Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: RT, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.
- MATTOS, Analice Castor de. **Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009.
- MELO, Marco Antônio Machado Ferreira de. **A tecnologia, direito e a solidariedade**. Florianópolis: Boiteux, 2000.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. **A responsabilidade civil na negociação informática**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NORONHA, Fernando. **Contratos de consumo padronizados e de adesão**. Revista de Direito do Consumidor, n. 20. São Paulo, 1996.
- NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso**. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina/Florianópolis: Boiteux, 2004.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Proteção jurídica e exploração negocial de programas de computador**. Boletim da Faculdade de Direito, 2002.

- PRUX, Oscar Ivan. **A responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RICHTER, Karina. **Consumidor & Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.
- RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**. São Paulo: Makron Books, 2001.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: RT, 1992.
- RODRIGUES, Luis Silveira. **Os consumidores e a sociedade da informação**. Estudos de direito do consumidor, n. 3, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTANA, Heron José. **Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor**. [s.l.]: Ciência Jurídica, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos do comércio eletrônico - contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, 2000, n. 36.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. **Internet**. O direito na era virtual. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.
- SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.
- SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos. **Comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2001.
- SILVA NETO, Amaro Morais. **Emails indesejados à luz do direito**. De acordo com o Código Civil de 2002. Lei 10.406. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- TEIXEIRA FILHO, Jayme. **Comércio Eletrônico**. Rio de Janeiro: Senac, 2001.
- TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- TOYNBEE, Arnold. **A humanidade e a Mãe-Terra**. uma história narrativa do mundo. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.